

# DERECHO PENAL, MEMORIA Y VERDAD HISTÓRICA: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO

Juan María Bilbao Ubillos  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Valladolid

## SUMARIO

1. *Las distintas respuestas frente a los discursos negacionistas en el Derecho comparado.*
  - 1.1. *El enfoque dominante en los Estados Unidos.*
  - 1.2. *Canadá: el caso Zundel.*
  - 1.3. *El enfoque dominante en Europa.*
    - 1.3.1. *Alemania.*
    - 1.3.2. *Austria.*
    - 1.3.3. *Suiza.*
    - 1.3.4. *Francia.*
2. *La STC 235/2007 sobre el delito de negación del genocidio (art. 607.2 CP).*
3. *Una reflexión final sobre la policía de la memoria: libertad para la historia.*

### *1. Las distintas respuestas frente a los discursos negacionistas en el Derecho comparado*

Antes de entrar a analizar el tratamiento de la negación y la apología del genocidio en los diferentes ordenamientos, parece obligada una breve referencia al genocidio como delito que se niega, ensalza o justifica. A tenor del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, suscrito en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, los actos de genocidio se caracterizan por un elemento intencional común: se cometen para intentar destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Pues bien, al firmar la citada Convención, los Estados se comprometen a reprimir (a establecer “sanciones penales eficaces”, para ser más exactos) además del genocidio otras conductas estrechamente ligadas al mismo: tentativa, conspiración, complicidad, y la incitación directa y pública a cometer genocidio<sup>1</sup>. Se trata de actos preparatorios cuya represión es necesaria para poder prevenir eficazmente el genocidio. Nada se dice, en cambio, de la apología ni de la negación. De manera que no son conductas cuya tipificación venga exigida por la Convención.

Pero, ¿en qué consiste el negacionismo o revisionismo histórico?. Se trata de una corriente afortunadamente marginal integrada por (presuntos) historiadores que cuestionan o niegan la realidad del genocidio cometido por el régimen nacional-socialista durante la II Guerra Mundial, aplicando metódicamente un plan de exterminio sistemático de los judíos. Comprendería la negación pura y simple o la puesta en duda tanto de la existencia del genocidio como de su magnitud o de las modalidades de ejecución. La aniquilación de la comunidad judía (la solución final) se oculta bajo el disfraz de una deportación o expulsión de sus miembros hacia el Este. Muchos de estos seudoinvestigadores niegan la exis-

1. En relación con la incitación, algunas delegaciones se opusieron a su inclusión en la Convención, por su incidencia negativa en la protección de la libertad de expresión y de pensamiento. De ahí la precisión adicional de que la interpretación ha de ser estricta para no lesionar este derecho. La Convención exige que la instigación sea directa y pública. Un buen ejemplo de aplicación de esta norma es la condena impuesta en septiembre de 1998 por el Tribunal internacional para Rwanda (más exactamente, el Tribunal internacional instituido mediante la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el fin de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio u otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda en 1994) a Jean Kambanda, ex primer ministro, por instigación al genocidio a través de una popular emisora de radio (RTLM). Esta emisora transmitió permanentemente mensajes insistiendo en la superioridad de los hutus y la necesidad de acabar con los tutsis (“debemos combatir a los tutsis, acabar con ellos, exterminarlos, expulsarlos del país...; no debe haber ningún refugio para ellos”).

tencia de las cámaras de gas (serían en realidad lugares de desinfección de la ropa de los deportados) y reducen de forma obscena la cifra de víctimas de los campos de exterminio. En resumidas cuentas, el genocidio es una invención de la propaganda sionista.

Ante este fenómeno, los distintos ordenamientos han reaccionado de manera muy diferente. De entrada, el enfoque y la solución que se da a este problema, como en general a muchos de los conflictos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas difiere sustancialmente del modo en que se vienen resolviendo esas mismas cuestiones en los ordenamientos europeos.

### **1.1 El enfoque dominante en los Estados Unidos**

Como bien se sabe, en los Estados Unidos la redacción literal de la I Enmienda es particularmente rotunda: el Congreso no podrá aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o de prensa. No menos significativo resulta el hecho de que no se contemple expresamente la posibilidad de que el ejercicio de este derecho esté sujeto a ciertos límites. Naturalmente, la ausencia de límites expresos en la Constitución no implica que la garantía de la libertad de expresión sea absoluta, que se garantice la inmunidad de cualquier discurso y se excluya cualquier regulación estatal. Pero la ley que restrinja la libertad de expresión ha de ser precisa y limitada en cuanto su contenido y alcance, tiene que responder a un interés nacional o social evidente (la seguridad del Estado o la protección de la infancia, por ejemplo), ha de constituir el último recurso y no existir otra vía menos drástica. En consonancia con esta formulación inequívoca y aparentemente absoluta de la garantía constitucional y el singular valor que se confiere a este derecho, tan apreciado en la cultura jurídica y política norteamericana, la mayoría de los juristas de ese país han mantenido a lo largo del tiempo un firme compromiso con una concepción libertaria o genuinamente liberal y no paternalista de la libertad de expresión, una libertad que se protege de forma enérgica y con carácter preferente por su valor intrínseco<sup>2</sup>.

La imagen que mejor ilustra la profunda confianza en el libre intercambio de opiniones es sin duda la metáfora del mercado de la ideas (*marketplace of ideas*), un hallazgo conceptual del Juez Holmes, en su célebre opinión disidente de la

2. Con todo, la trayectoria de los tribunales norteamericanos en orden a la protección de esta libertad no es lineal. Hay momentos de desfallecimiento, como el que permitió, en plena guerra fría, la represión de las actividades (expresivas o no) del Partido Comunista. Se pensaba seriamente en que la fuerza persuasiva de la ideología comunista podía conducir al derrocamiento del Gobierno.

sentencia *Abrams v. United States*<sup>3</sup>: “la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios”. La libre concurrencia, el contraste de opiniones, es el mejor antídoto; las mejores ideas, las más persuasivas o convincentes tienden a prevalecer en el debate público. En palabras del Juez Brandeis en *Whitney v. California* (1927), “la discusión brinda normalmente una protección adecuada contra la difusión de doctrinas nocivas”. No es preciso que el Estado nos libre de las que considere perniciosas o peligrosas. La solución no es el silencio forzoso o la censura sino más expresión (*more speech*) y un debate público sin trabas, “desinhibido, vigoroso y abierto, lo que incluye los ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente ácidos contra el gobierno y las autoridades públicas”<sup>4</sup>.

En cualquier caso, tenemos derecho como personas adultas a conocer los argumentos de todas las partes implicadas en la discusión, por erróneos que puedan parecer, para poder ejercer responsablemente nuestros derechos de ciudadanía. En palabras del Juez Jackson, recogidas en la sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943): “si existe entre nosotros un principio constitucional intangible es el de que ningún funcionario, independientemente de su rango, puede prescribir la ortodoxia en materia de política, de nacionalismo, de religión o de otras cuestiones de opinión”. Los poderes públicos han de ser exquisitamente neutrales respecto del contenido de los mensajes (la pornografía obscena es una de las pocas excepciones, porque no es una forma de expresión protegida) y no incurrir en diferencias de trato que favorezcan las expresiones de un determinado signo en perjuicio de otras, para no distorsionar de ese modo el desarrollo del debate.

Las restricciones de la expresión fundadas en el punto de vista son difícilmente justificables. Se aceptan más fácilmente las restricciones ligadas al “tiempo, lugar y forma” de la manifestación que las basadas en el contenido del mensaje. De hecho, cuando la regulación estatal discrimina en función del punto de vista, prohibiendo las manifestaciones de un determinado signo y permitiendo otras, el escrutinio tiende a saldarse inexorablemente con un fallo de inconstitucionalidad.

3. 250 U.S. 616, 630 (1919).

4. *N. York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964). Como dijo el Juez Hand, en *United States v. Associated Press*, 52 F. Supp. 362, 372 (1943), “existen muchas más posibilidades de extraer conclusiones correctas de una multitud de opiniones que mediante cualquier tipo de selección autoritaria”.

La defensa a ultranza de la libertad de expresión ha llevado a la Corte Suprema a trazar una línea que separa nítidamente la actividad propiamente expresiva de los actos que pueden causar directamente un daño. Esta doctrina, que ocupa un lugar preeminente dentro del *background* jurisprudencial en materia de libertad de expresión, se estableció por primera vez en 1919, en la decisión que puso fin al asunto *Schenk v. United States* y se ha mantenido sin demasiadas oscilaciones desde entonces. En aquella sentencia, la Corte propuso la siguiente fórmula para dirimir si estamos o no en presencia de una expresión constitucionalmente protegida: “la cuestión es determinar en cada caso si las palabras usadas son de tal naturaleza y se pronuncian en tales circunstancias que crean un claro e inminente peligro (*clear and present danger*) de causar males que el Congreso tiene derecho a prevenir”<sup>5</sup>.

De acuerdo con este criterio, se permite la regulación estatal de las “palabras provocadoras” (*fighting words*), que apelan directamente al combate, a la lucha, esto es, de expresiones que pueden provocar actos de violencia por parte de receptor, mientras que se incluye, en cambio, dentro del ámbito protegido por la I Enmienda la “defensa general de ideas” (*general advocacy of ideas*) o, lo que es lo mismo, la apología de creencias o ideas de cualquier tipo. Y con más motivo, la negación del holocausto. De hecho, la mayoría de los portales que difunden propaganda revisionista y racista por internet tienen su sede en los Estados Unidos, una circunstancia que dificulta notablemente la lucha contra este tipo de literatura y en general contra los mensajes de odio u hostilidad racial.

### 1.2 Canadá: el caso *Zundel*

En Canadá, la cuestión se planteó abiertamente en el proceso seguido contra Ernst Zundel, que culminó con la sentencia del Tribunal Supremo canadiense de 27 de agosto de 1992 [R. contra Zundel, (1992) 2 R.C.S. 731]. Zundel fue acusado de haber publicado noticias falsas, infringiendo así el art. 181 del Código Penal, en cuya virtud comete un delito sancionable con una pena de prisión quien publique voluntariamente una declaración, una historia o una noticia sabiendo que es falsa y que causa o puede causar un atentado o un daño a algún interés público. La imputación se basaba en la publicación de un folleto titulado “¿*Murieron realmente seis millones?*”. El acusado había incluido un prefacio y un epílogo al documento original ya publicado en Estados Unidos e Inglaterra.

5. 249 US 47, 51-52 (1919). El Juez Holmes, ponente de la opinión unánime de la Corte, subrayó la importancia del contexto en que se produce la expresión oral u escrita: “la más rigurosa protección de la libre expresión no podría proteger a un hombre que sabiendo que es una falsa alarma gritara ¡fuego! en un teatro abarrotado provocado el pánico...”.

El folleto, que podría catalogarse como una muestra de literatura revisionista, daba a entender que no se había probado que seis millones de judíos fueron asesinados antes y durante la II Guerra Mundial y que el holocausto es un mito fruto de un complot judío a escala mundial.

Zundel fue declarado culpable en primera instancia, fallo que sería confirmado posteriormente por el Tribunal de Apelación de Ontario. Presentó entonces un recurso ante el Tribunal Supremo en el que cuestionaba la compatibilidad del art. 181 del CP con el derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 2.b) de La Carta canadiense de derechos y libertades. El Tribunal Supremo, por una apretada mayoría (cuatro contra tres) estimó el recurso y declaró inconstitucional el precepto en cuestión por violación de la libertad de expresión. En su opinión, dicho precepto no guardaba relación directa con la lucha contra la intolerancia, y había sido redactado de forma excesivamente amplia, hasta el punto de producir un efecto disuasorio o paralizante (*chilling effect*) del discurso, ya que algunas personas podrían dejar de exponer y defender sus propias ideas por miedo a la persecución penal. Así pues, el debate en este asunto no se centró tanto en el contenido de las ideas antisemitas de Zundel y en su eventual protección constitucional como en los defectos de la norma incriminadora, cuya aplicación podría comprometer los valores centrales de la libertad de expresión.

Para los Jueces que suscribieron la sentencia, el art. 2.b) de la Carta protege el derecho de la minoría a expresar su opinión, por impopular que pueda ser. Esta protección se extiende por tanto a las creencias minoritarias que la mayoría considera erróneas o falsas. No cabe duda, por tanto, de que el art. 181 CP, que puede implicar la condena a una pena de prisión, tiene por efecto la restricción de la libertad de expresión.

De acuerdo con la interpretación que se ha venido haciendo de este derecho, a quienes publican deliberadamente falsedades no se les puede impedir, por esa sola razón, que se prevalgan de la garantía constitucional. Antes de negar a una persona la protección del art. 2.b), hay que estar bien seguros de que no hay nada que justifique dicha protección. El criterio de la falsedad no permite alcanzar esa certeza, dado que una declaración falsa puede tener a veces un cierto valor y además resulta difícil determinar de forma concluyente la completa falsedad.

La mayoría considera que no existe un objetivo “real y urgente” que justifique una medida tan drástica. A falta de un objetivo suficientemente importante para justificar un atentado a la libertad de expresión, el art. 181 no puede man-

tenerse en virtud del art. 1 de la Carta, no resulta esencial para el mantenimiento de una sociedad libre y democrática. Existen otras disposiciones, como el art. 319(2) del CP, para combatir la propaganda del odio. Para el Juez McLachlin, ponente de la sentencia, el legislador puede tipificar como delito la difusión de insinuaciones racistas, pero aquí no se juzgan declaraciones que incitan claramente al odio. Prever el ingreso en prisión de una persona como sanción por haber hecho una declaración que 12 conciudadanos suyos consideran falsa y perniciosa en relación con un interés público indefinido, es reprimir toda una gama de discursos, algunos de los cuales se han venido considerando legítimos e incluso valiosos desde hace mucho tiempo.

Aunque decidiéramos atribuir al art. 181 el objetivo de promover la tolerancia social y racial y llegáramos a la conclusión de que el objetivo era urgente y real hasta el punto de autorizar una injerencia en una libertad fundamental, este precepto no respetaría el criterio de proporcionalidad establecido en el caso Keegstra. En primer lugar, suponiendo que exista un nexo racional entre el objetivo de promover la armonía social y el art. 181, éste es demasiado vasto y más invasor de lo necesario para alcanzar ese objetivo. Va demasiado lejos. La expresión “una declaración, una historia o una noticia”, aunque no pueda extenderse al dominio de la opinión, incluye manifiestamente un amplio abanico de acontecimientos históricos y sociales y va mucho más allá de lo que es evidente o racionalmente demostrable en tanto que “hecho real”. Determinar lo que es una afirmación fáctica, por oposición a la expresión de una opinión, es una cuestión muy difícil. La cuestión de la falsedad de una declaración está sujeta a menudo a controversia, sobre todo cuando se trata de hechos históricos<sup>6</sup>. El elemento típico del conocimiento por el acusado de la falsedad de la declaración agrava el problema, porque obliga al juez a indagar acerca de la creencia subjetiva del acusado en relación con la veracidad o falsedad de la declaración.

Pero el mayor peligro que presenta el art. 181 viene del alcance indeterminado de la expresión “un atentado o daño a cualquier interés público”, que puede extenderse casi hasta el infinito. ¿Qué tipo o qué grado de perjuicio se exige?. No hay una jurisprudencia clara y consistente y la gama de expresiones que puede englobar la redacción amplia e imprecisa del art. 181 se extiende prácticamente a todas las declaraciones controvertidas de hechos aparentes que podrían considerarse falsas y capaces de causar un daño a un interés público, con

6. Recuerda McLachlin que los historiadores han escrito mucho en torno a la dificultad de verificar con toda seguridad lo que ocurrió en el pasado, a la vista de las versiones parciales y selectivas que de un mismo acontecimiento pueden dar diferentes testigos e investigadores.

independencia de si favorecen los valores que subyacen al art. 2b) de la Carta<sup>7</sup>. Los Jueces que conforman la mayoría en este caso no cuestionan pues la necesidad de reprimir las declaraciones falsas que fomentan el odio; lo que reprochan al legislador penal es la excesiva vaguedad y amplitud de un tipo que, tal y como está redactado, podría acabar aplicándose a cualquier declaración presuntamente falsa.

Además, el art. 181 no sólo tiene un alcance potencialmente expansivo, sino que es particularmente incisivo, porque opta por las sanciones más draconianas para lograr sus fines: la persecución penal<sup>8</sup>. Existe pues un riesgo de que el art. 181 pueda tener un “efecto paralizante” sobre los grupos minoritarios o los particulares que pueden verse obligados a no decir lo que quieren por el temor a ser perseguidos.

En segundo lugar, y a la vista de esta explosiva combinación de objeto potencialmente muy amplio y efectos tan incisivos, la restricción de la libertad de expresión no resulta proporcionada a la finalidad perseguida con este precepto. Una finalidad, al parecer la de promover la tolerancia racial y social, que está lejos de constituir un interés apremiante (la medida no responde a una preocupación urgente y real). Más aún, sólo podría justificarse la criminalización de la expresión en virtud del art. 181 si la sanción se limitase estrictamente a las situaciones graves.

En conclusión, el art. 181 del Código Penal viola la libertad de expresión garantizada por el art. 2b) de la Carta<sup>9</sup>.

7. McLachlin se pregunta si podría sentirse tranquilo un ecologista que declarase, en el marco de un debate público, que una central nuclear situada en la zona en la que vive está afectando a la salud de los niños que residen en las inmediaciones. ¿Podría considerarse una falsa noticia si se aportasen estudios científicos que mostrasen que el daño causado es insignificante?. Y pone algunos ejemplos más para ilustrar el “defecto fatal” del art. 181: su alcance demasiado amplio.

8. Nuestro derecho, recuerda la sentencia, parte del principio de que sólo las infracciones más graves merecen una sanción penal. De las mentiras se ocupa, en la mayor parte de los casos, el Derecho civil, que regula las acciones por difamación. Y lo viene haciendo de forma satisfactoria, asegurando la armonía y la justicia entre individuos y grupos.

9. No opinan lo mismo los tres jueces disidentes (Gonthier, Cory y Iacobucci). Para éstos, el art. 181 del CP es suficientemente preciso y constituye un límite justificado al ejercicio de la libertad de expresión. El objetivo perseguido por el legislador, el de impedir el perjuicio derivado de la publicación voluntaria de mentiras hirientes, es urgente y real. Y contribuye a promover el interés público consistente en favorecer la tolerancia racial, religiosa y social. El racismo es un cáncer peligroso. Por eso, es necesario proteger por medio de una sanción penal a todos los grupos minoritarios y a los particulares más vulnerables contra los perjuicios causados por ese tipo de mentiras deliberadas, por las falsas afirmaciones de hecho disfrazadas de auténtica investigación. Los textos internacionales de los que Canadá es

### 1.3 El enfoque dominante en Europa

En Europa, en cambio, la libertad de expresión se proclama, en los propios textos constitucionales incluso, como un derecho limitado, que ha de ejercerse responsablemente, dentro de ciertos márgenes, sin incurrir en abusos. En caso de conflicto, otros derechos y principios constitucionales pueden llegar a pesar tanto o más que la libertad de expresión. Es más, ha tenido siempre un fuerte arraigo la tendencia a amparar sólo las expresiones que cumplen una función saludable (la búsqueda de la verdad o la participación en el proceso democrático, por ejemplo) o que promueven determinados valores. Esta actitud de prevención, de cautela, ante las nefastas consecuencias de la libre difusión de ideas con un alto grado de toxicidad, de peligro para la convivencia, no es fruto de la casualidad, no se produce por generación espontánea. Los traumas del pasado, de un pasado relativamente reciente aún, explican la especial sensibilidad de la mayoría de las sociedades europeas en este terreno. Es mejor prevenir que curar: la tolerancia con los intolerantes es una actitud suicida. Y es legítima, por tanto, la imposición de límites atendiendo al contenido del mensaje. Bien elocuente es, en este sentido, el contenido del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La negación del Holocausto o de los crímenes contra la humanidad en general se tipifica penalmente en bastantes países europeos (son 12 en la actualidad

signatario, que proscriben el odio fundado en la nacionalidad, la raza o la religión, las diferentes disposiciones análogas al art. 181 que se encuentran en otros países libres y democráticos, la tragedia del Holocausto y el compromiso de Canadá con los valores de la igualdad y el multiculturalismo son elementos que subrayan la importancia del objetivo que persigue el legislador. El art. 181 es una medida que presenta además un grado aceptable de proporcionalidad en relación con dicho objetivo. En primer lugar, hay un nexo racional entre la prohibición de publicar mentiras deliberadas e hirientes y el objetivo de proteger a la sociedad contra los prejuicios derivados de esas falsedades premeditadas que fomentan la intolerancia racial y social. En segundo lugar, la persona acusada de infringir el art. 181 no es juzgada por el carácter impopular de sus creencias. Sólo se acude a este precepto cuando la publicación deliberada de hechos erróneos puede atentar gravemente contra un interés público. Precisamente su escasa aplicación se explica por la carga extremadamente onerosa que incumbe al Ministerio Público de probar cada elemento de la infracción. Tampoco su alcance es demasiado amplio. La aplicación de criterios apropiados permite establecer una distinción clara entre las opiniones y las afirmaciones de hecho. Así, en el folleto en cuestión las declaraciones calificadas de revisionistas pueden interpretarse como alegaciones de hecho más que como expresión de una opinión. Es verdad que ninguna teoría histórica puede ser demostrada o refutada, pero el acusado no ha sido condenado porque haya interpretado mal los documentos relacionados con los hechos, sino porque ha falseado deliberada y completamente su contenido, manipulando e inventando hechos con el fin de apoyar sus teorías. A veces no resulta suficiente la protección civil y es necesaria la fuerza del Derecho penal para disuadir y castigar a quienes publican conscientemente falsedades que atentan contra un interés público, que sólo sirven en realidad para obstaculizar y poner en peligro el debate democrático.

los Estados que consideran punible esa conducta)<sup>10</sup>. El Reino Unido<sup>11</sup> y los países nórdicos constituyen la principal excepción a una regla que se ha impuesto sin apenas resistencia en las últimas décadas.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación de Política General nº 7 sobre legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, aprobada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia el 13 de diciembre de 2002, recomienda a los Estados miembros que sus legislaciones califiquen como infracciones penales, entre otros comportamientos intencionales, “la negación, minimización grosera, justificación o apología públicas, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra”. En la misma línea, la Recomendación de Política General nº 9 sobre la lucha contra el antisemitismo, aprobada el 25 de junio de 2004, toma nota de la jurisprudencia del TEDH<sup>12</sup> e insta a los Estados a velar porque en la lucha contra el racismo, el Derecho penal tome en consideración el antisemitismo y penalice una serie de actos antisemitas, si son intencionales, y, entre ellos, la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas de la Shoah<sup>13</sup>.

10. Alemania, Austria, Francia, Suiza, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Polonia, República Checa, Rumanía, Eslovenia y Chipre.

11. A pesar de algunas iniciativas promovidas por diputados laboristas, que en 1997 propusieron mediante la *Holocaust Denial Bill* la inclusión entre las expresiones orales o escritas que instigan al odio racial a los efectos de la sección 10 de la *Public Order Act* de 1986 aquellas que negasen la existencia de la política de genocidio del pueblo judío y otros crímenes contra la humanidad cometidos por la Alemania nazi. La propuesta no tuvo éxito.

12. El Tribunal de Estrasburgo “ha considerado que la negación de la existencia de crímenes contra la humanidad cometidos bajo el régimen nacional-socialista constituye una de las formas más graves de injuria racial y de incitación al odio a los judíos y que la refutación de tales crímenes contra la humanidad y la justificación de la política pro-nazi no pueden beneficiarse de la protección prevista por el art. 10 del CEDH”. Para un análisis in extenso de las decisiones del TEDH relacionadas con la propaganda revisionista, me remito al artículo que con el título “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión” he publicado en el nº 71-72 (Enero-agosto 2008), de la *Revista de Derecho Político (UNED)*, págs. 19-56. *Vid.* asimismo Gérard Cohen-Jonathan: *Négationnisme et droits de l’homme, Revue trimestrelle des droits de l’homme 1997*, págs. 571-597, y 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, págs.103 y ss.

13. Estas exhortaciones a la criminalización van un paso más allá de las declaraciones de condena que podemos encontrar, por ejemplo, en algunos pronunciamientos de la ONU. En la Resolución 60/7 de las Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005, “sobre el recuerdo del Holocausto”, la Asamblea General rechazó “toda negación, ya sea parcial o total, del holocausto como hecho histórico”. El 26 de enero de 2007, la Asamblea General aprobó otra resolución, la 61/255, rechazando “cualquier acción tendente a negar el Holocausto, pues al ignorar terribles eventos como éste, aumenta el riesgo de que se repitan” y condenando “sin ninguna reserva cualquier negación del Holocausto”.

En el marco de la Unión Europea, y con el objetivo de armonizar la legislación de los Estados miembros en materia de delitos racistas y xenófobos y facilitar la cooperación entre Estados miembros para combatir estos delitos, la Comisión Europea presentó en noviembre de 2001 una Propuesta de Decisión-Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia. El propósito de esta Decisión marco es doble. Primero, asegurarse de que el racismo y la xenofobia son castigados en todos los Estados miembros mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan dar lugar a la extradición o entrega. Y en segundo lugar, mejorar y fomentar la cooperación judicial reduciendo los obstáculos que la dificultan.

Pues bien, el artículo 4 (*Delitos de carácter racista y xenófobo*) de la Propuesta impone a los Estados miembros la obligación de tomar todas las medidas necesarias para que una serie de comportamientos racistas y xenófobos sean castigados por la ley como actos delictivos. Y entre las conductas que han de considerarse delictivas, se incluye dos que guardan relación con la cuestión que ahora nos ocupa:

(c) la apología pública con fines racistas o xenófobos de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como vienen definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto del Tribunal penal internacional; y

(d) la negación pública o la banalización de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 en la medida en que ello pueda perturbar el orden público.

En el curso del largo proceso de negociación y elaboración de esta Decisión-marco, pendiente aún de aprobación definitiva, el 19 de abril de 2007, en una reunión celebrada en Luxemburgo, los ministros de Justicia e Interior de los 27 Estados de la UE alcanzaron un acuerdo para que la incitación al racismo y la xenofobia sea un delito en todos ellos, aunque se introdujeron garantías respecto de aquellos Estados en los que la libertad de expresión permite ese tipo de manifestaciones. El acuerdo incluye las reservas provisionales de 7 países (Polonia, Eslovenia y algunos países bálticos), que necesitan la ratificación por sus Parlamentos o Gobiernos respectivos

El acuerdo, impulsado por la presidencia alemana, establece penas de entre uno y tres años de prisión para la incitación al odio o la violencia contra grupos

de personas y miembros concretos de esos grupos definidos por su ascendencia u origen étnico o nacional (raza, color, religión, nacionalidad u origen étnico), así como para la apología pública, la negación, la justificación o la banalización o trivialización de los crímenes de guerra o contra la humanidad o los genocidios reconocidos por el Tribunal de Nuremberg por otros tribunales internacionales. El texto final, que ya cuenta con el visto bueno del Parlamento Europeo<sup>14</sup>, obliga a los Estados a tipificar y castigar estas conductas, pero no a modificar sus reglas constitucionales y principios fundamentales relacionados con la libertad de expresión. Algunos países como el Reino Unido, Irlanda, Italia, Dinamarca o Suecia venían siendo muy reacios y lo cierto es que al amparo de esa cláusula parece que estos países podrán excluir el delito de negación del holocausto y otros genocidios si este tipo no está recogido en su ordenamiento penal y entra en conflicto con su concepción de la libertad de expresión. Una vez aprobada la Decisión-marco por el Consejo, cada país tendrá un plazo de dos años para ajustarse a las exigencias de la norma europea.

Este acuerdo de mínimos, que algunos han valorado como una rebaja sustancial respecto de la propuesta original de 2001, no incluye la prohibición de símbolos específicos como la cruz esvástica (como pretendía Alemania): no será delito si no va acompañado de incitación explícita a la violencia. Y su eficacia o alcance práctico queda un tanto diluido, porque los Estados sólo estarán obligados a aplicar las sanciones cuando tales conductas se realicen “de manera que provoquen una alteración del orden público” o de forma “amenazadora, abusiva o insultante” (que inciten a la violencia en suma)<sup>15</sup>. En la práctica, cada país puede mantener su actual legislación.

Veamos en una breve panorámica cómo se regula esta cuestión en los ordenamientos de algunos de estos países, que pueden servir de referencia a este respecto<sup>16</sup>.

14. El Pleno del Parlamento Europeo aprobó el 21 de junio de 2007 un informe favorable a la propuesta en el que se recogen algunas recomendaciones al Consejo de cara a la redacción definitiva de esta Decisión-marco. El Parlamento pide expresamente que las sanciones penales sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias para todas las formas de discriminación”.

15. Algunos países bálticos y del este, como Polonia, Estonia, Letonia y Lituania, querían que se incluyesen también expresamente la condena de los crímenes estalinistas. Finalmente, para vencer la resistencia de estos países, se acordó, en un ejercicio de equilibrismo, añadir una declaración anexa, sin valor jurídico, precisando que esta Decisión-marco no cubre todos los delitos cometidos por regímenes totalitarios, no obstante lo cual el Consejo “deplora todos esos crímenes” horribles.

16. Para una información actualizada del estado de la cuestión en el Derecho comparado, véase J. Luther: “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* núm. 9, 2008. En los países que han optado por perseguir penalmente los discursos negacionistas, la instrumentación técnica de esa decisión en el Código Penal o en leyes especiales

### 1.3.1 Alemania

En Alemania, la libertad de expresión, consagrada en el artículo 5 de la Ley Fundamental, es uno de los derechos fundamentales más valiosos, pero no disfruta de la posición privilegiada, de superioridad o preferencia, que ha alcanzado en los Estados Unidos. En realidad, en el ordenamiento alemán es la dignidad de la persona (art. 1), en conexión con el derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 2) el valor supremo del orden jurídico. Es un reducto intangible que se protege frente a cualquier agresión. Este énfasis se explica por el contexto histórico en el que se elaboró el texto, tras la Segunda Guerra Mundial y la traumática derrota del nazismo, cuya barbarie dejó una profunda huella en la sociedad alemana y en su cultura jurídica. Y pesa tanto esa tragedia en la memoria colectiva que los alemanes no parecen estar dispuestos a correr el riesgo de que surja un nuevo monstruo que pueda alimentarse de un exceso de tolerancia o de ingenuidad. Por eso mismo, en Alemania se impuso el modelo de la “democracia militante” (*streitbare Demokratie*). Un modelo basado en la idea de que el Estado debe defender la democracia de sus enemigos, que no aceptan las reglas de juego democrático y pretenden subvertirlas. No puede haber libertad para los enemigos de la libertad.

Pues bien, el mismo espíritu que anida en el modelo de democracia militante es el que alienta o inspira la represión del revisionismo histórico. Hasta la reforma de 1994, la negación del exterminio masivo de judíos bajo el régimen nacional-socialista se perseguía y castigaba como una injuria (art. 185 CP), como apología del delito (art. 140), como un delito de instigación al odio (*Volksverhetzung*) o atentado contra la dignidad humana de partes de la población o de grupos identificados por su nacionalidad, raza, etnia o religión (art. 130)<sup>17</sup> o, de forma más

difiere en varios puntos. A la hora de determinar los crímenes cuya negación se reprime, se han adoptado distintas fórmulas: genocidio del pueblo judío (holocausto), genocidio cometido por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, genocidio de acuerdo con la definición de la Convención de 1948, genocidio perseguible con arreglo a las leyes nacionales o a sentencias de tribunales nacionales o internacionales, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes cometidos bajo regímenes comunistas... También son diferentes las soluciones aplicadas a la hora de definir la conducta típica (negar el hecho, ponerlo en duda, minimizar, banalizar, aprobar, tratar de justificar, negar el desvalor) o el bien jurídico protegido (orden público, paz social, dignidad humana). A veces se exige además un determinado móvil o perfil subjetivo: intento de desacreditar o discriminar a un grupo de personas por su raza, etnia o religión, intención de incitar a la violencia, la discriminación o el odio...).

17. Este tipo, introducido mediante la Ley de 4 de agosto de 1960, castiga con una pena de prisión no inferior a tres meses a quien, de forma idónea para alterar la paz social, agrediere la dignidad humana de otros, instigando al odio contra parte de la población, exhortando a cometer actos de violencia contra ellos, insultándoles o denigrándoles con malicia o calumniándoles.

esporádica, como un ultraje o menosprecio de la memoria de un difunto (art. 189). Con penas, en todos los casos, no demasiado severas.

La Ley de lucha contra la criminalidad (*Verbrechensbeckämpfungsgesetz*), de 28 de octubre de 1994, añadió un nuevo apartado al art. 130 estipulando que la negación, aprobación o minimización en público o en el curso de una reunión del genocidio perpetrado bajo régimen nacional-socialista, de una manera susceptible de alterar la paz pública, será castigada con una pena de hasta 5 años de prisión o multa. Se configura además como un delito perseguible de oficio (antes se exigía la correspondiente denuncia del particular agraviado). Aunque el tipo específico introducido en 1994 responde más a razones político-simbólicas que a una ampliación del ámbito punible respecto de situación anterior, puesto que ya existía una jurisprudencia consolidada<sup>18</sup>, lo cierto es que esta reforma vino precedida de varias decisiones judiciales que habían puesto de manifiesto algunas dificultades que venían detectándose en la aplicación de la legislación anterior y la necesidad de una tipificación más clara e inequívoca de esas conductas<sup>19</sup>.

La principal dificultad estribaba en que con la redacción anterior del art. 130 CP, había que demostrar la existencia de un atentado a la dignidad humana, que se concretaría en este caso en la privación a las víctimas de su derecho a vivir como los demás miembros de la sociedad y a no ser tratados como seres inferiores. El ataque tenía que afectar al corazón mismo de la personalidad. Así, a la hora de aplicar este tipo, la jurisprudencia distinguía entre la simple negación del holocausto y la acusación a los judíos de haber fabricado una gran mentira. Negar el exterminio masivo de judíos en el curso del Tercer Reich no sería, en sí mismo, un atentado a la dignidad humana, mientras que acusar a los judíos de haber inventado “la leyenda del exterminio” sí lo era. Esta exigencia ya no figu-

18. De acuerdo con la doctrina establecida en varias sentencias de las secciones civiles del *Bundesgerichtshof* (BGH), las personas de origen judío tienen, en virtud del derecho a la propia personalidad, la pretensión legítima de que se les reconozca la persecución sufrida bajo el nacionalsocialismo, de modo que quien niega esa brutal persecución, difama a cada uno de ellos. Y ello no sólo porque la negación de un hecho histórico notorio no está tutelada por la garantía constitucional de la libertad de opinión, sino también porque el reconocimiento de la “culpa alemana” por el “destino inhumano” de los judíos bajo el Tercer Reich es “una condición fundamental para la vida de los judíos en la República federal”.

19. En particular, la sentencia del BGH en el caso *Deckert*, dictada el 15 de marzo de 1994. Günter Deckert, líder del NPD, un partido neonazi, había organizado en 1991 un congreso revisionista en el que intervino, entre otros, el canadiense Ernst Zündel. Por ese motivo fue condenado en noviembre de 1992 por el *Landgericht* de Mannheim a una pena de un año de prisión como autor de un delito de instigación al odio (el tipo previsto en el art. 130 CP). Pero esa decisión fue anulada por una sentencia de 15 de marzo de 1994 del BGH, al considerar que no concurría en este caso el requisito de que la difamación constituyese un atentado a la dignidad humana.

ra en el nuevo tipo, que sí exige, en cambio, que la negación o banalización sea idónea para afectar a bienes jurídicos supraindividuales como la paz pública. No se castiga la simple negación de hechos históricos, sino su significación social de agitación e incitación al enfrentamiento y a la eliminación de determinados grupos sociales especialmente vulnerables<sup>20</sup>.

Esta reforma contó con el aval previo del Tribunal Constitucional Federal que bendijo la aplicación del art. 185 CP a los supuestos de negación del holocausto en su sentencia de 13 de abril de 1994<sup>21</sup>. En esta sentencia, el Tribunal de Karlsruhe recuerda que las afirmaciones relativas a hechos no se protegen de la misma manera que las opiniones o juicios de valor. Y la negación del Holocausto no es la manifestación de una opinión, sino la afirmación de un hecho y las afirmaciones no veraces, deliberadamente o indudablemente falsas sobre hechos, en la medida en que no contribuyen en nada a la formación de la opinión pública, no están constitucionalmente protegidas.

La premisa de la que se parte es la convicción de que el holocausto es un hecho histórico notorio, incontrovertible, fehacientemente acreditado y documentado. Hasta el punto de que, según la doctrina establecida por el Tribunal Federal de Justicia (BGH), no era necesario aportar la prueba del exterminio

20. La redacción actual suscita también algunas dudas. No está claro, por ejemplo, cuál es el alcance del término “banalización”: ¿son punibles las afirmaciones que no cuestionan la existencia de un genocidio, pero sí determinados extremos o detalles de la versión oficial o el valor de las pruebas aportadas en los diferentes procesos?; ¿se banaliza el genocidio cuando, sin llegar a justificarlo, se intenta rebajar el desvalor de la operación de exterminio ordenada por los dirigentes nazis con insinuaciones que tienden a presentar esa decisión como una respuesta a una agresión previa?. Habitualmente, se atribuye esa intención de banalizar el genocidio a quien minimiza la magnitud de la tragedia, siguiendo la pauta marcada por la *Denial of Holocaust (Prohibition) Act* aprobada en 1986 por el Parlamento de Israel, que castiga a quien niegue o “disminuya las proporciones” de los crímenes cometidos bajo el régimen nazi. Menos problemas plantea la interpretación de la exigencia de perturbación de la paz pública: en una sentencia fechada el 12 de diciembre de 2000, el BGH calificó el delito como “de peligro abstracto”, de modo que no es necesario probar la existencia de un peligro real, sino sólo la idoneidad de los hechos para turbar la paz. En ese caso, la condena impuesta a un ciudadano australiano de origen alemán que había difundido propaganda negacionista a través de Internet se fundó en la convicción de que esa propaganda comprometía en último término la confianza en el Estado de Derecho. Con el tipo penal de instigación contra la población, el legislador alemán quiso proteger el clima político (*Klimaschutz*) de eventuales intentos de envenenamiento, evitando así, mediante una tutela anticipada de la dignidad humana, el desencadenamiento de una dinámica que, si no se ataja a tiempo, puede llegar a ser incontrolable. Vid. J. Luther, op. cit.

21. BVerfGE 90, 241 y ss. El Tribunal rechazó un recurso presentado contra la decisión de un Ayuntamiento, confirmada por un juez administrativo, que conminaba a los organizadores de un acto en el que iba a intervenir el historiador revisionista David Irving a informar a los asistentes sobre la normativa penal vigente entonces en esta materia (arts. 130 y 131 CP), a retirar la palabra de inmediato a quien incurriese en alguna de las conductas sancionadas y a disolver incluso la reunión, si fuese necesario.

masivo de los judíos en la Alemania nazi, porque este hecho está universalmente aceptado como una verdad histórica innegable (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la tesis, sostenida por algunos autores, de que la culpa del estallido de la II Guerra Mundial no la tuvo Alemania sino sus enemigos). Si damos por buena esta calificación, en el caso de la negación del holocausto entraría en juego la exigencia (o excepción) de veracidad, que se aplica únicamente a las afirmaciones fácticas. Y es a quien hace este tipo de afirmaciones a quien incumbe probar su veracidad. Situados en este ámbito, está claro que no merecen protección las manifestaciones que se hacen con plena conciencia de su falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad. Quien miente no está ejerciendo legítimamente su libertad de opinión. La mentira no merece la protección que la Constitución (art. 5) brinda a la libertad de expresión<sup>22</sup>. Y cuando se trata del holocausto parece que no se admite, ni siquiera como hipótesis, que quien niega una evidencia histórica de ese calibre pueda actuar de buena fe, esto es, en la creencia de que la información que ofrece es exacta<sup>23</sup>.

De este modo, la sentencia se adentra en un terreno cuando menos resbaladizo, porque no siempre es posible certificar de forma indubitada la veracidad o falsedad objetiva de una afirmación. Y si lo que se pretende es acusar a quien hace una afirmación de ser plenamente consciente de su falsedad, cualquiera puede hacerse cargo, sin demasiado esfuerzo, de las dificultades epistemológicas (insuperables, a mi juicio) que plantea esa imputación.

### 1.3.2 Austria

En Austria, la Ley de Prohibición del Nacional-Socialismo (*Verbotsgesetz*) de 8 de mayo de 1945, que tiene rango de norma constitucional, castiga a quienes realicen actividades inspiradas en ideas nacional-socialistas. La modificación más reciente data de 1992: la ley aprobada el 26 de febrero de ese año introdujo el art. 3h, que sanciona expresamente, como actividad nacionalsocialista, la negación o banalización de los crímenes nacional-socialistas. Siendo más preci-

22. “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 no goza por tanto de la tutela de la libertad de opinión”

23. El Tribunal Constitucional destacó que la singularidad del Holocausto lo había convertido en un elemento constitutivo de la propia identidad de los ciudadanos de origen judío, que se proyecta en su relación con la sociedad alemana. Por tanto, negar este terrible acontecimiento histórico implicaría, desde la óptica del TCF, prolongar la discriminación contra el pueblo judío. El delito de instigación al odio contra la población, en su versión anterior a la reforma, encontraría apoyo, en última instancia, en la garantía de la dignidad humana del art. 1.1 de la Ley Fundamental.

Los que castiga a quien niegue, banalice groseramente, apruebe o trate de justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad del régimen nacional-socialista en una publicación, una emisión o cualquier otro medio de comunicación, o por cualquier otro medio publico accesible a un gran número de personas.

Los procesos en aplicación de la Ley de Prohibición se han multiplicado en los últimos años (158 condenas en el período 1999-2004). Y un factor que contribuyó a este incremento fue la reducción de las penas mínimas como consecuencia de la reforma legal de 1992 (ahora la horquilla va de 1 a 20 años de prisión). Antes de la reforma se aplicaba raramente porque las penas eran excesivas, desproporcionadas.

En febrero de 2006, el historiador británico David Irving fue declarado culpable del delito de negación del Holocausto y condenado a tres años de prisión por un tribunal de Viena. Irving, que ya tuvo que responder por sus escritos ante la justicia británica y tiene prohibida la entrada en Alemania tras ser expulsado de este país en 1993, fue condenado en aplicación del artículo 3 de la Ley austriaca<sup>24</sup>.

### *1.3.3 Suiza*

En Suiza, la Ley federal de 18 de junio de 1993 introdujo en el Código Penal un artículo, el 261 bis, que castiga la incitación pública al odio o la discriminación racial, la propagación de una ideología racista, la negación de crímenes contra la humanidad y la denegación de una prestación. Este precepto fue aprobado por el pueblo suizo el 25 de septiembre de 1994 con ocasión de un referéndum organizado ante las reticencias de un sector de la opinión pública que estimaba que la disposición ponía en cuestión la libertad de expresión. Y entró en vigor el 1 de enero de 1995.

Así pues, el art. 261 CP castiga con penas de prisión (hasta tres años) o multa tanto la propagación de una ideología dirigida a denigrar de forma sistemática a los miembros de una raza, etnia o religión, como la negación, grosera minimi-

24. Detenido el 11 de noviembre de 2005 en el land de Styria, los cargos presentados contra él se remontaban a 1989, año en el que pronunció dos discursos de carácter negacionista en Austria. Poco antes del comienzo del juicio, se había declarado culpable y había asegurado que ya no creía, como sostuvo en otros tiempos, que no existieran cámaras de gas en Auschwitz. “Mis opiniones han cambiado. La historia es como un árbol que crece constantemente y cuanto más sabes, cuantos más documentos están disponibles, vas aprendiendo, y yo he aprendido mucho desde 1989”, añadió en declaraciones a medios locales. En su libro más conocido, “La guerra de Hitler”, había puesto en duda la magnitud del holocausto, refutando como una exageración la cifra de seis millones de judíos exterminados, había negado la existencia de cámaras de gas y había excluido cualquier responsabilidad de Hitler.

zación, o justificación de un genocidio o de otros crímenes contra la humanidad (no se circunscribe al holocausto judío), siempre que lesione de alguna forma la dignidad humana. Y este precepto ha sido profusamente aplicado desde 1995. Entre las sentencias más recientes, destaca la dictada el 9 de marzo de 2007 por un tribunal de Lausana, confirmada por el *Bundesgericht* meses después (decisión de 19 de diciembre de 2007), que declaró culpable de “negacionismo” a Dogu Perinçek, presidente del Partido de los Trabajadores Turcos, un grupúsculo de extrema izquierda, que durante su estancia en Suiza en el año 2005 había afirmado que el genocidio armenio de 1915 era una “mentira internacional”.

En cuanto al significado de términos como minimizar o banalizar, tiene interés la sentencia de 22 de marzo de 2000 del Tribunal Federal, que rechazó el recurso de una persona condenada a una pena de 15 meses de prisión, que argumentaba que en ninguna de sus publicaciones había puesto en cuestión el holocausto como tal, sino que se había limitado a negar la utilización de las cámaras de gas y poner en tela de juicio la cifra de víctimas que se maneja habitualmente (6 millones). El Tribunal consideró esta argumentación “de apariencia seudocientífica” como “pura hipocresía”. Al afirmar que sólo algunos centenares de miles de judíos fueron asesinados, el acusado niega o minimiza de manera grosera uno de los crímenes más espantosos de la humanidad. Para el Tribunal Federal, la objeción según la cual el acusado estaba convencido de la exactitud de sus conocimientos basados en trabajos de investigación, y que por tanto no se le podía reprochar mala fe, carecía de fundamento. Se plantea en este caso una cuestión vidriosa. ¿Reducir sustancialmente el número de víctimas es minimizar? ¿No se puede discutir ese dato? ¿Dentro de qué márgenes? Creo que resulta a todas luces excesivo convertir también en dogma de fe la cifra oficial del número de personas exterminadas. Pero lo cierto es que el criterio del tribunal suizo coincide con el defendido dos años antes en una sentencia de la Corte de Casación francesa<sup>25</sup>.

25. En otro asunto resuelto por el Tribunal Federal suizo se suscitó también el problema de qué entendemos por minimizar. Mediante una sentencia dictada el 3 de noviembre de 1999, la Sala de casación penal de este Tribunal anuló la condena impuesta a un redactor de un periódico con motivo de la publicación de un texto con algunos pasajes que estimó no relevantes desde el punto de vista penal. El artículo contenía expresiones como “la obsesión por las cámaras de gas y la reeducación” o “Holocausto-Histeria”, que no aluden al holocausto en cuanto tal sino a la manera que se aborda actualmente el asunto. Según el Tribunal Federal, estas expresiones no significan, consideradas en su contexto, que los crímenes contra los judíos hayan sido en realidad menos graves que lo que se supone en general. Se refiere más bien a la forma en que suele abordarse el holocausto y muy particularmente a la amplitud y el carácter de las informaciones proporcionadas por los medios de comunicación con el fin de recordar a la juventud de hoy los acontecimientos de entonces. El Tribunal consideró que los comentarios eran “de mal gusto”, pero no se podían asimilar a una minimización grosera del holocausto en el sentido del art. 261 bis CP. Estos pasajes no llegan a denigrar tampoco a los judíos, lo que sí sería punible. Se opta pues en este caso por una interpretación estricta del tipo penal.

### 1.3.4 Francia

Para cerrar esta incursión en el Derecho comparado, voy a detenerme en la criminalización de la apología y la negación de genocidios y crímenes contra la humanidad en Francia.

En el país vecino, la polémica Ley de 13 de julio de 1990 tendente a reprimir los actos racistas, antisemitas y xenófobos, más conocida como ley Gayssot por ser este el apellido del diputado comunista que la promovió, añadió un nuevo apartado al art. 24 de la vieja Ley de prensa de 1881, que ya sancionaba la apología de los crímenes contra la humanidad, creando un delito específico de negación del Holocausto. Este precepto castiga con una pena de un mes a un año de prisión y multa la negación pública del genocidio de los judíos perpetrado por los nazis, identificando la verdad histórica con la verdad judicial establecida por el Tribunal de Nuremberg, puesto que alude expresamente a la definición de crímenes contra la humanidad contenida en art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (de Nuremberg) anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. A decir verdad, el legislador no utiliza el término “*negation*”, sino el de “*contestation*”, tal vez algo más amplio: no sólo negar, sino también impugnar, discutir, cuestionar, lo que podría comprender, si así lo avala la jurisprudencia, la negación parcial o matizada o la puesta en tela de juicio (e incluso, aunque más difícilmente, la minimización).

La cuestión fue objeto de un vivo debate en la Asamblea Nacional. Para los promotores de la iniciativa no se trataba de erradicar la discusión o la reflexión a la hora de interpretar un hecho histórico, de renunciar a hacerse preguntas, de negar el derecho a equivocarse. Se trataba simplemente de no poner en cuestión la existencia de hechos absolutamente horribles cuando esas dudas sirven de justificación aparentemente científica al antisemitismo militante<sup>26</sup>.

26. Me remito a las palabras pronunciadas entonces por Jean-Claude Gayssot, el primer firmante: “Llegar al extremo de negar la existencia de los campos de exterminio nazis o el salvaje asesinato de millones de judíos, considerar ese hecho como un detalle, no entra dentro del campo de la controversia normal y necesaria en materia histórica. Es dar a entender... que estos hechos, que tienen un origen antisemita evidente, no son condenables”. Se ha dicho, continúa Gayssot, que la negación del holocausto debería combatirse en el marco del debate de opiniones, que no puede haber en Francia una historia oficial, defendida penalmente, que el descrédito de estas tesis dentro de la comunidad científica es suficiente para que el juez no tenga que intervenir..., pero yo pienso que si la revisión de la Historia es siempre un derecho, y a menudo un deber, la negación del holocausto por los autores que se califican, de forma inapropiada, de revisionistas, no es hoy más que una expresión de racismo y del principal vector del antisemitismo”.

Los grupos de derecha (entonces en la oposición) y el Senado (en tres votaciones sucesivas) se opusieron a la ley. Y también lo hicieron muchos políticos de todas las tendencias políticas, que entendían que la ley instauraba una verdad oficial y coartaba la libertad de investigación. Desde 1990 el debate sobre este tipo de leyes relativas a la memoria histórica (sobre *les lois mémorielles*) no ha cesado. Para los detractores de la ley, ésta confiere al juez el poder de decir la historia. Quienes la apoyaban replicaban que la ley no fijaba la realidad sino que levantaba acta de ella y no ponía trabas a la investigación, porque se podía estudiar libremente la política de exterminio de los judíos, siempre que no se negase su existencia y magnitud. Ninguna ley abolirá jamás la mentira, pero puede contribuir a luchar contra la difusión de ese veneno en nuestra sociedad. Porque las palabras pueden hacer daño, sobre todo cuando se refieren a acontecimientos que están aún vivos en la memoria individual o colectiva. Lo cierto es que, pese a la polémica generada, la Ley Gayssot no fue examinada por el *Conseil Constitutionnel*, porque no se sometió a su consideración antes de su entrada en vigor.

Parece que la Ley Gayssot, que ha dado lugar a diversas condenas<sup>27</sup>, ha creado escuela. El 12 de octubre de 2006 la Asamblea Nacional aprobó una Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista tendente a reprimir la negación de la existencia del genocidio armenio, la masacre cometida por el imperio otomano en 1915, que se saldó con la muerte de un millón y medio de armenios, asesinados o deportados<sup>28</sup>. Esta proposición, registrada el 12 de abril de 2006, no llegó a ser aprobada por el Senado antes de que finalizara, en junio de 2007, la XII Legislatura. A nadie se le escapa que en el origen de esta iniciativa finalmente decaída (y de otras muchas que tampoco prosperaron) está la presión ejercida por la numerosa e influyente comunidad armenia en Francia (alrededor de medio millón de personas). Este trágico episodio forma parte de la memoria colectiva de todos los armenios.

La propuesta consistía en añadir dos artículos que completarían el texto de la ley de 29 de enero de 2001 relativa al reconocimiento del genocidio armenio de 1915, que tenía un valor puramente declarativo (su único artículo se limitaba a proclamar que “Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915”).

27. Mediante una sentencia dictada por un tribunal de Versalles el 18 de marzo de 1991, que fue confirmada por otra de 18 de diciembre de 1995 de la *Cour de Cassation*, el líder del FN, Jean Marie Le Pen, fue condenado al pago de una indemnización por haber definido las cámaras de gas como “un detalle de la historia de la II Guerra Mundial”.

28. Para los historiadores armenios se trató de un exterminio sistemático, premeditado, perfectamente planificado y ejecutado impunemente, un exterminio que se ajusta plenamente a los criterios establecidos por la Convención sobre el genocidio de 1948.

Pues bien, con arreglo al nuevo art. 2 que se pretendía incorporar a la ley de 2001, aprobada en su día por unanimidad, serían castigados con las penas previstas por el art. 24 bis de la ley de 1881 sobre la libertad de prensa quienes negasen, por alguno de los medios enunciados en el art. 23 de dicha ley, la existencia del genocidio armenio de 1915. Conviene tener presente con la legislación vigente las declaraciones que niegan la existencia del genocidio armenio no pueden sancionarse. El artículo 24 bis de la ley de 1881, incorporado mediante la Ley Gayssot, castiga exclusivamente la negación de los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como la Corte de Casación ha precisado en varias decisiones. Eso no impide la extensión de su campo de aplicación a otros crímenes, pero siempre que haya una decisión judicial que califique el crimen negado como crimen contra la humanidad. Tanto el genocidio de Rwanda como el de la exYugoslavia responden a esa exigencia, porque tras su creación, ambos TPI han dictado varias sentencias condenatorias por genocidio. En cambio, el genocidio armenio no satisface este criterio. Ocurrió en un momento histórico en el que no existía ni la noción de genocidio ni justicia internacional. De hecho, una sentencia del TGI de París de 2004 vino a confirmar que en Francia la negación del genocidio armenio no era delito.

En el curso del debate sobre esta proposición se rechazó por cierto una enmienda que proponía la adición de una cláusula indicando que “estas disposiciones no se aplican a las investigaciones académicas, universitarias o científicas”, con el propósito de limitar el alcance de la nueva norma

Para los diputados que aprobaron la ley, la libertad de expresión no es una patente de corso, no puede amparar a quien insulta la memoria de las víctimas. La historia no se puede manipular o falsificar deliberadamente: la ley de 2001 ya dejó zanjado el debate sobre la historia y la memoria en lo que concierne al genocidio armenio. Y el Parlamento se limita a constatar hechos plenamente acreditados, hechos “establecidos”.

Argumentan los defensores de esta legislación penal que el discurso del odio no se limita a las invectivas o los insultos racistas. Hay formas menos burdas, más sutiles de sembrar el odio, de echar más leña al fuego de la hostilidad entre comunidades. Y una de ellas es envolverse en la bandera de la ciencia y la investigación histórica para negar el genocidio de los judíos y atizar así los sentimientos o las pulsiones antisemitas. Tienen que reconocer, no obstante, que no resulta fácil deslindar lo que es genuina y honesta investigación, por esotéricas que pueden ser las conclusiones, de lo que es literatura antisemita disfrazada de estudio científico.

Vemos pues como los partidarios de penalizar la propaganda revisionista establecen una vinculación entre determinadas formas de negar el Holocausto y la ideología filonazi. No se trata de manifestaciones aisladas, sino del discurso perverso de grupos organizados de extrema-derecha, de una forma de agitación antisemita. Se trata de un discurso antisemita virulento, aunque sea implícito, cuyo objetivo último es rehabilitar los regímenes políticos que cometieron el genocidio. Se vincula indisolublemente la negación con la voluntad de reeditar precisamente el trágico episodio que se niega. Es una ideología, no una corriente crítica de historiadores. Los negacionistas constituyen una secta, minúscula pero obstinada, que utiliza todos los medios. Se presentan como historiadores, pero son unos farsantes que traicionan absolutamente todas las reglas del oficio de historiador: su discurso se nutre de mentiras y falsificaciones. Un historiador digno de tal nombre está sujeto a determinadas reglas deontológicas, a imperativos de honestidad intelectual y objetividad y a una metodología respecto de las fuentes que utiliza (no puede ocultar por ejemplo los puntos de vista adversos, las razones que esgrimen quienes sostienen tesis contrarias a las suyas). En el caso de los escritores negacionistas, se establece la presunción de que no buscan honestamente la verdad sino que sólo quieren hacer daño y no cumplen ni el deber de objetividad, ni las reglas de la buena fe. Es algo parecido a un juicio de intenciones: actúan siempre de mala fe.

Esta hiperprotección mediante el recurso a la represión penal no convence a los detractores de este tipo de leyes, que confían plenamente en la capacidad de los historiadores serios y del sistema educativo para rebatir y desmontar el discurso negacionista, sin intromisiones ni “ayudas” de los poderes públicos. No comparten el temor de los partidarios de las mismas respecto de la capacidad de seducción de la propaganda revisionista, que apela como ocurre con otros prejuicios a las pulsiones irracionales del ser humano.

Una baza en contra de la ley es el hecho de que permite a los escritores negacionistas aparecer como víctimas, como mártires de una causa justa y hacer creer que ellos revelan una verdad que el poder trata de ocultar y silenciar por todos los medios. Pero el argumento más potente es la protección que la Constitución brinda a la libertad de expresión y a la libertad de investigar y enseñar (la libertad de profesores e historiadores para investigar y difundir los resultados de sus pesquisas). La historia no se legisla, ni se promulga, no la escriben los poderes públicos, sino los historiadores con la libertad propia de quien investiga los hechos con método científico. Ni el legislador ni los tribunales pueden establecer imperativamente la verdad oficial, la memoria histórica. Los jueces no están capacitados para dilucidar o certificar verdades históricas. Esclarecer los hechos,

los acontecimientos del pasado y modelar nuestra memoria colectiva, sin injerencias de los poderes públicos, es tarea de los historiadores.

En Francia precisamente, un grupo de historiadores de renombre encabezados por Pierre Nora y René Rémond y agrupados en el colectivo “Libertad para la Historia” se movilizó para pedir en un comunicado publicado en mayo de 2006 la derogación de la Ley Gayssot y mostrar su oposición a la aprobación por la Asamblea Nacional de la proposición de ley que penalizaba la negación del genocidio armenio. Los historiadores se declaraban profundamente consternados por la iniciativa<sup>29</sup>. Este colectivo ya había hecho pública meses atrás (en diciembre de 2005, para ser exactos) su oposición a las leyes sobre la memoria. Adoptaron precisamente como consigna la afirmación pronunciada por el presidente Chirac en plena polémica sobre el papel de la colonización francesa (“no es función de la ley escribir la historia”)<sup>30</sup>.

29. Tras expresar su profundo sentimiento de solidaridad con las víctimas de la historia, deploran que Francia se haya empeñado en un proceso acelerado de leyes que establecen verdades de Estado sobre el pasado, un movimiento de apropiación de la historia por memorias particulares y de retroceso de las libertades democráticas. Al rechazar la enmienda que proponía excluir las investigaciones universitarias o científicas del ámbito de aplicación de la ley, “la Asamblea Nacional se ha quitado la máscara: no son las eventuales perturbaciones del orden público lo que se intenta impedir con estas leyes; lo que quiere es someter a las verdades oficiales que dicta la investigación universitaria y a todos los profesores, bajo pena de multa o prisión”. No es una reivindicación corporativa: “son las libertades de pensamiento y de expresión las que están amenazadas” por una ley que le dice al historiador “lo que debe buscar y lo que debe encontrar”. El historiador, dicen, “no acepta ningún dogma, no respeta ninguna prohibición, no conoce ningún tabú”. Para Pierre Nora, se trata de una terrible regresión: una malla legislativa obstaculizará el trabajo de los historiadores sobre los asuntos más sensibles. Con el consiguiente efecto paralizante, porque los investigadores se sentirán bajo vigilancia. En palabras de Max Gallo, “para un historiador es inadmisibles que la representación nacional dicte la historia correcta, la que debe ser enseñada” (*Le Figaro*, 30 de noviembre de 2005).

30. Conviene recordar que a finales de ese año 2005 los diputados de izquierda fueron muy críticos con una ley promovida por la mayoría conservadora en cuya virtud los libros de texto debían reconocer el “papel positivo” de la colonización francesa. El art. 4 de la Ley nº 2005-158 de 23 de febrero de 2005 sobre el reconocimiento de la Nación y contribución nacional a favor de los franceses repatriados disponía que “los programas escolares reconocerán en particular el papel positivo de la presencia francesa en ultramar...”. El inciso, que había sido introducido como consecuencia de una enmienda presentada por un diputado de la UMP y había pasado desapercibida durante la discusión parlamentaria (la enmienda fue aprobada sin objeciones), suscitó muchas críticas en el seno de las comunidades originarias de las excolonias, en amplios sectores de la izquierda y entre los historiadores. Miles de profesores firmaron una declaración en contra de una historia oficial de la colonización. Expusieron en ella su inquietud ante “las intervenciones políticas cada vez más frecuentes en la apreciación de los acontecimientos del pasado”. Sólo unos meses después de promulgarse la ley, el grupo socialista presentó una proposición de ley destinada a suprimir esa referencia al “papel positivo”. Pero fue rechazada el 29 de noviembre por la Asamblea Nacional al votar en contra la UMP. El 25 de enero de 2006, tras la solemne declaración realizada el 9 de diciembre por el presidente Chirac (en la que reconoce que la ley había suscitado un intenso debate sobre la historia de Francia, que tiene luces y sombras, y afirma que “en la República, no hay historia oficial”), el primer ministro Dominique de Villepin pidió al Consejo Constitucional que constatará el carácter reglamentario de ese inciso de la ley para poder suprimirlo por decreto y evitar un nuevo debate en el Parlamento. El 31 de enero el Consejo respondió positivamente a la petición, dando vía libre a la supresión de esa mención.

En contra de ese manifiesto, un grupo de abogados escribieron un artículo<sup>31</sup> en el que admitían que la consigna de que “no corresponde al Parlamento escribir la Historia”, es una fórmula *a priori* convincente, pero ignora la especificidad del fenómeno del genocidio. Un genocidio no es un hecho histórico más. Es sobre todo un crimen político que se traduce en el exterminio de un pueblo y su identidad. A relegarla a la condición de simple interpretación de un acontecimiento histórico, se olvida que el negacionismo es una retórica perversa, asociada al delito de genocidio, elaborada ya en el momento en que se ejecuta como complemento necesario para borrar las huellas del mismo (anticipándose así a denuncias y condenas). El conjunto de argumentos, de mentiras destinadas a ocultar o enmascarar el crimen, cuando no a justificarlo, es un elemento constitutivo del delito de genocidio y una prueba suplementaria de su premeditación, de la voluntad genocida. No se puede dejar de incriminar esa infracción conexa, porque estamos ante dos conductas inescindibles, íntimamente ligadas.

El vivo debate que ha provocado en la sociedad francesa la aprobación de leyes sobre la memoria (y la proliferación de iniciativas parlamentarias de análogo contenido, como las relativas al genocidio ucraniano de 1932-1933, al sufrido por los gitanos durante la II Guerra Mundial o al cometido en la región de la Vendée en los años 1793-1794) me suscita una doble reflexión.

Por un lado, cabe preguntarse si el Holocausto es un acontecimiento único, sin parangón, o se podría extender la prohibición a la negación de otros crímenes a gran escala, como los causados por el stalinismo o los colonizadores europeos en América. Y ya puestos, ¿sería extensible a las interpretaciones revisionistas de nuestra guerra civil?. ¿Se puede sostener que no hubo ejecuciones en Paracuellos o que Guernica fue incendiada por sus habitantes? Si nos ceñimos únicamente a los genocidios (una palabra devaluada por el uso abusivo de la misma), cabe mencionar, además del exterminio de los armenios por los turcos (el primer genocidio del s. XX), la limpieza étnica en los Balcanes o la masacre que padecieron los tutsis en Burundi y Rwanda.

La cuestión es por qué se pueden negar unos y no otros, aunque no tengan la misma magnitud (no podemos olvidar la enorme envergadura de una operación de traslado de millones de judíos de numerosos países europeos durante cinco años, para someterlos a un proceso de exterminio premeditado, científico). Creo que es mejor resolver esta cuestión no sancionando ningún discurso revisionista que reprimiendo todos. Con este tipo de iniciativas legislativas se viene a lanzar el

31. *Le Monde*, edición del 10-10-2006.

mensaje de que existen genocidios de primera, como el judío y quizá el armenio, cuya negación estaría sancionada en todos los casos, y genocidios de segunda.

Por otro lado, una valoración más de fondo sobre este tipo de normas penales, que excluyen injustificadamente la posibilidad de someter a discusión un asunto de interés público e interfieren el legítimo debate entre historiadores, judicializándolo aún más. Me parece muy significativo que escritores e intelectuales turcos de pensamiento liberal, algunos de ellos procesados por haber reconocido la existencia de ese genocidio en un país, Turquía, que prohíbe justamente lo contrario (la afirmación del citado genocidio) se opusieran públicamente a la aprobación de la ley por el Parlamento francés.

La Ley Gayssot superó en cambio sin demasiadas dificultades el escrutinio (ciertamente deferente) aplicado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el asunto *Robert Faurisson contra Francia*. Mediante una decisión fechada el 16 de diciembre de 1996, el Comité dio respuesta a la comunicación presentada por este conocido revisionista, condenado por un tribunal francés en 1991 como autor de un delito de negación de crímenes contra la humanidad. Faurisson alega que la ley Gayssot, al elevar al rango de dogma infalible, de verdad incontestable, el veredicto del Tribunal de Nuremberg y consagrar de una vez por todas la versión oficial u ortodoxa de la historia, no sustentada en pruebas, restringe su derecho a la libertad de expresión y de enseñanza y constituye una medida de censura inaceptable, que coarta la libertad de investigación histórica. Faurisson califica de “exorbitante” el privilegio del que disfruta la comunidad judía en Francia, que es el de ejercer la censura, con el pretexto que de no habría nada que investigar sobre ese asunto.

El Gobierno francés sostiene, por su parte, que los escritos de Faurisson constituyen “una forma sutil de antisemitismo contemporáneo”, puesto que, so pretexto de una investigación histórica, acusa a los judíos de haber falsificado la historia y de haber creado el mito del exterminio del pueblo judío. La sanción penal prevista en el art. 24bis es una medida necesaria no sólo para proteger los derechos y la reputación de las víctimas, sino también para salvaguardar el orden público y la cohesión social.

Como puede observarse, la controversia se planteó en unos términos que hacían presagiar un pronunciamiento importante, rico en matices, por parte del Comité. Pero no fue así. La decisión resulta, en mi opinión, decepcionante, muy por debajo de las expectativas que había despertado la denuncia de Faurisson. Se

despacha el asunto con una argumentación bastante ramplona, poco refinada (por no decir apodíctica).

Si bien no descarta que la aplicación de la Ley Gayssot “pueda conducir, en otras circunstancias, a decisiones incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Comité no le corresponde hacer la crítica en abstracto de las leyes promulgadas por los Estados parte”. El Comité elude un pronunciamiento (muy comprometido) sobre la Ley Gayssot acudiendo al socorrido expediente de disociar el contenido de la norma en abstracto y los actos concretos de aplicación. Una forma prudente de escurrir el bulto, porque el meollo de la cuestión es justamente la compatibilidad del delito tipificado en la Ley Gayssot con el art. 19 del Pacto y no hay en las circunstancias que rodean este litigio nada fuera de lo común.

El Comité llega a la convicción de que la ley Gayssot, tal y como ha sido interpretada y aplicada en este caso por los tribunales franceses, es compatible con las disposiciones del Pacto. Y explica su postura con el siguiente razonamiento: “dado que las afirmaciones realizadas por el autor, situadas en su contexto integral, eran de tal naturaleza que podrían generar o atizar sentimientos antisemitas, la restricción estaba destinada a hacer respetar el derecho de la comunidad judía a no temer verse obligada a vivir en un clima de antisemitismo”. Se da por buena la apreciación de los tribunales franceses. En consecuencia, la restricción estaba justificada al amparo del art. 19.3.a) del Pacto<sup>32</sup>.

32. Mayor densidad y calado tienen algunas de las cinco opiniones individuales concurrentes emitidas por 7 miembros del Comité. Tres de ellos suscriben una opinión en la que expresan su acuerdo con las conclusiones del Comité, pero exponen su propia argumentación. Admiten que la infracción por la que fue condenado Faurisson no comprende el elemento de incitación (no exige) y las expresiones que han motivado la condena no entran claramente dentro de la categoría de incitación a la discriminación que el Estado parte estaría obligado a prohibir. Pero en un determinado contexto ciertas declaraciones, que no encajarían en la estricta definición legal de incitación, pueden inscribirse en el marco de un sistema de provocación en contra de un grupo racial, religioso o nacional. A veces las personas que tienen interés en propagar la hostilidad y el odio adoptan formas de expresión sutiles que no son propiamente una incitación, pero sus efectos pueden ser tan perniciosos como los de una incitación abierta. Por eso, la idea de que en la situación actual de Francia la negación del holocausto puede constituir una forma de incitación al antisemitismo no puede ser rechazada. Ahora bien, esta dimensión de incitación (indirecta) es la consecuencia no tanto de la simple negación de hechos históricos debidamente probados, sino de la consideración de las propias víctimas del nazismo como responsables de una invención deshonesta, de la fabricación de un mito

A estos tres miembros del Comité no les gusta la Ley Gayssot y lo dicen de una manera clara. La ley está redactada en términos muy generales y parece prohibir la publicación de investigaciones desarrolladas de buena fe sobre materias que fueron objeto de una decisión del Tribunal de Nuremberg. Aun cuando el objetivo de esta prohibición sea legítimo (combatir el antisemitismo), las restricciones impuestas no responden a la exigencia de proporcionalidad (ese objetivo habría podido

## ***2. La STC 235/2007 sobre el delito de negación del genocidio (art. 607.2 CP)***

La Sentencia, dictada el 7 de noviembre de 2007 con el respaldo de ocho de los doce magistrados que integran el Pleno, estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 607.2 del Código Penal, que castiga “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos<sup>33</sup>.

En esta esperada decisión (7 años han pasado desde que se admitió la cuestión), que se aparta claramente de la tendencia imperante desde hace años en Europa, el Tribunal recuerda “en nuestro sistema, a diferencia de otros de nuestro entorno, no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”. De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, repulsivas incluso, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional.

conseguirse seguramente con una disposición menos incisiva). Y además no se tiene en cuenta la intención del autor o de la publicación (de incitar o no al antisemitismo). Manifiestan pues sus fuertes reservas, pero no se atreven tampoco a dar el paso de censurar al legislador francés. En este caso, explican, no tenemos que ocuparnos de la ley Gayssot en abstracto sino que debemos interesarnos solamente de la restricción impuesta a la libertad de expresión de Faurisson. Los tribunales franceses analizaron minuciosamente las palabras del escritor. En la entrevista, habla del mito de las cámaras de gas, como una estafa avalada por los vencedores en Nuremberg. Y da a entender claramente que los judíos habían inventado la historia de las cámaras de gas para sacar provecho de ella. Una cosa son las investigaciones históricas desarrolladas de buena fe, aunque cuestionen verdades históricas generalmente aceptadas, y otra las declaraciones antisemitas, como las proferidas por Faurisson, que no merecen la misma protección.

33. Mediante Sentencia dictada el 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona condenó a Pedro Varela, en su condición de titular de la librería Europa de Barcelona, a dos años de prisión como autor responsable de un delito continuado de apología del genocidio (607.2); y a otros tres años de prisión y multa por un delito también continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupo o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el art. 510.1 del Código Penal (cinco años en total). Contra la sentencia, la defensa del condenado formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se solicitaba además que la Sala promoviera una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional acerca de los preceptos 510 y 607.2º del Código Penal. Petición que fue parcialmente atendida, porque la sección 3ª de la Audiencia Provincial acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 607.2 del Código Penal, al entender que dicho precepto contiene una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión.

La sentencia distingue entre la condena en el plano moral y la reacción punitiva. La tolerancia es un valor que “no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo”. La cuestión es si la negación de hechos de ese calibre o su justificación tienen cabida en el libre debate público que garantiza el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción penal

Para empezar, las conductas tipificadas como delictivas por el art. 607.2 CP “no pueden enmarcarse dentro del concepto de provocación para delinquir ni tampoco en el de apología del delito, ya que el tenor literal de la indicada disposición no exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas, elementos uno y otro que, en cambio, resultan inherentes a dichas modalidades delictivas según se desprende de la definición que de las mismas ofrece el art. 18.1 CP”<sup>34</sup>.

El Tribunal se remite varias veces a la doctrina establecida en la STC 214/1991, en cuya virtud la intensa protección que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, reforzada por el valor del diálogo para la libre formación de una conciencia histórica colectiva, “encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”. Es, pues, el “deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal”, el que priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia. En ningún caso puede tipificarse como delito la mera transmisión de ideas, por execrables que sean.

Pero esa incompatibilidad con la Constitución no se predica del precepto cuestionado en su integridad. Porque son dos las conductas descritas en el tipo

34. El ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, como el delito previsto en el art. 510 CP, “acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio”. Tampoco las conductas descritas “implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas”. Lo que el tipo en cuestión castiga es la pura y simple “transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos” y en la medida en que persigue una conducta amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE), constituye un límite infranqueable para el legislador penal (FJ. 6°).

penal: las ideas o doctrinas que se difunden pueden negar el genocidio o pueden justificarlo. La conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio (la “expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio”) no puede considerarse como una manifestación del “discurso del odio”, que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias: “la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane”. Se mire como se mire, negar no es ensalzar.

El Tribunal rebate el principal argumento que suelen esgrimir los partidarios de la sanción penal del negacionismo, que no es otro que la suposición de que quienes niegan la existencia de un genocidio no lo hacen movidos por razones historiográficas, sino con la pretensión nada inocente de que su discurso contribuya a crear las condiciones que hagan posible en un futuro más o menos lejano la comisión de ese delito de genocidio que ahora se niega. La sentencia rechaza rotundamente ese juicio de intenciones: carece de fundamento la afirmación de que la literatura negacionista “persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende”. Puede que esa sea la intención de algunos o incluso de muchos de los que difunden ese tipo de panfletos, pero no tiene por qué ser así necesariamente. Y en todo caso el tipo penal no exige ese ingrediente subjetivo.

Además, aún en el supuesto de que esa fuese la intención de quienes niegan un determinado genocidio, tendría que cumplirse otra condición: que la difusión de esas opiniones “fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”.

La negación del genocidio es, por tanto, una conducta que “permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión”. Así pues, la tipificación como conducta delictiva de la negación del genocidio vulnera el derecho a la libertad de expresión.

La conclusión a la que llega el Tribunal en relación con la difusión de ideas que justifiquen el genocidio es bien diferente. Aquí no se trata de negar, contra toda evidencia, un hecho histórico, sino de formular un juicio de valor, una opi-

nión sobre un genocidio cuya existencia se admite. Pues bien, considerando “la especial peligrosidad” de un delito tan odioso como el genocidio, la sentencia admite que, excepcionalmente, el legislador penal castigue la justificación pública de ese delito, “siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (la directa ya está castigada en el art. 615 CP) y no se confunda con “la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo”, que resultaría plenamente amparada por los arts. 16 y 20 CE.

### ***3. Una reflexión final sobre la policía de la memoria: libertad para la historia***

Con motivo de la aprobación por el Consejo Europeo de Justicia e Interior de la propuesta de Decisión-Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en su reunión del 19 de abril de 2007, el colectivo “*Liberté pour l’Histoire*”, que, como antes indicamos, viene luchando desde el año 2005 contra la tendencia del poder legislativo a criminalizar determinadas interpretaciones del pasado, poniendo cada vez más trabas a la investigación histórica con el pretexto de la necesaria represión del racismo y el antisemitismo, promovió un nuevo llamamiento público (*Appel de Blois*) en favor de la libertad para investigar y enjuiciar los acontecimientos del pasado que, a mi juicio, no tiene desperdicio: “Inquietos ante los riesgos de una moralización retrospectiva de la historia y de una censura intelectual, llamamos a la movilización de los historiadores europeos y a la cordura de los políticos. La historia no debe ser la esclava de la actualidad... En un Estado libre no corresponde a ninguna autoridad política definir la verdad histórica y limitar la libertad del historiador bajo la amenaza de sanciones penales”<sup>35</sup>.

Esta misma línea, muy crítica con las iniciativas legislativas que pretenden codificar la historia apelando a un sacrosanto “deber de memoria”, se inscriben otros manifiestos promovidos por historiadores e intelectuales de Bélgica e Italia. Me refiero, en primer lugar, al publicado en enero de 2006 con el respaldo de decenas de historiadores belgas (*Pléthore de mémoire: quand l’Etat se mêle d’histoire*). En este documento, los firmantes se preguntan por el papel que han de jugar los poderes públicos en la trasmisión de la memoria del pasado. El Estado puede organizar con toda legitimidad actos de conmemoración, pero esta actividad nada tiene que ver con la investigación histórica, que es “una discipli-

35. Suscriben este manifiesto numerosos historiadores franceses, italianos, británicos, españoles, alemanes, norteamericanos, belgas, suizos, griegos y de otras nacionalidades.

na crítica e independiente de los usos políticos del recuerdo”. Por supuesto que existen lazos entre memoria e historia, pero son procesos que obedecen a exigencias diferentes. La memoria no da acceso al conocimiento, remueve el pasado al servicio de un proyecto político o cívico del presente. La historia, en cambio, reivindica un estatuto científico, no está al servicio de la política, no es emoción. No acepta ningún dogma y puede resultar molesta, perturbadora. Si bien la historia ha de tener en cuenta la memoria, no se reduce ciertamente a ella. Más que el deber de memoria tantas veces invocado, nos gustaría, dicen en su escrito, que se invocase más menudo el deber de historia y de saber. La creciente judicialización del debate histórico constituye un atentado contra la libertad de expresión e investigación y produce efectos perversos que sólo benefician a quienes fomentan el odio<sup>36</sup>.

Un año después, en enero de 2007, un grupo de historiadores italianos hizo pública una declaración que llevaba por título “Contra el negacionismo, por la libertad de investigación”, como respuesta al anuncio de que el ministro de Justicia del Gobierno presidido por Prodi, Clemente Mastella, se disponía a presentar un proyecto de ley que preveía, entre otras cosas, una pena de prisión para aquellos que negasen la existencia del holocausto.

Como historiadores y como ciudadanos los firmantes mostraban su preocupación por ese intento de afrontar y resolver un problema cultural y social ciertamente importante mediante el recurso a los tribunales y la amenaza de una condena penal.

36. ¿Corresponde al Parlamento y al Gobierno elaborar una nomenclatura de catástrofes a modo de inventario cada vez más exhaustivo, partiendo del genocidio de los judíos y continuando por los gitanos, los armenios, o las víctimas del colonialismo, del genocidio ruandés, del conflicto de Bosnia o de Darfur? Como ha escrito recientemente el historiador francés Henry Rousso, en una historia criminal de la humanidad, cada vez más el Estado aparece al mismo tiempo como fuente del crimen y como fuente de redención. ¿Hace falta multiplicar los actos de arrepentimiento y perdón – algunas veces con el único fin de suministrar buena conciencia – para explicar el comportamiento de la Administración francesa bajo la ocupación, la Inquisición, la trata de esclavos, la conducta de las tropas alemanas en agosto de 1914, los procesos de Moscú, el exterminio de los amerindios, la explotación de los niños por el capitalismo naciente, o las masacres de las tropas romanas en la Galia?. Los historiadores no se quejan cuando el Estado da pruebas de apertura, autocrítica y transparencia en las investigaciones dirigidas a arrojar luz sobre un pasado turbio. Esas investigaciones han contribuido sin duda a un mejor conocimiento de esos dramas y a identificar de modo incontestable las responsabilidades políticas más allá de la polémica o la sospecha. Es bueno que los historiadores sean llamados en calidad de expertos, si ello es necesario, siempre que no se caiga en la tentación de construir una nueva historia oficial y se permita el acceso a los archivos del conjunto de la comunidad científica. Lo que reclaman, en suma, a las autoridades políticas es que, en lugar de multiplicar las comisiones, las declaraciones y las iniciativas con una alta carga simbólica, les permitan hacer su trabajo, facilitando el acceso de todos los investigadores a unos archivos debidamente clasificados.

Esta solución les parece peligrosa por diferentes razones: ofrece a los negacionistas la posibilidad de erigirse en defensores de la libertad de expresión; no hace falta invertir ningún esfuerzo para refutar y desmontar sus argumentos; y se establece así una verdad de Estado en el terreno de la historia, con el riesgo de deslegitimar esa misma verdad histórica y obtener justamente el resultado contrario al esperado. Cada verdad impuesta por la autoridad estatal (el antifascismo en la RDA, el negacionismo del genocidio armenio en Turquía, la inexistencia de la matanza de la plaza de Tienanmen en China) no hace sino minar la confianza en la libre confrontación de posiciones y en la libre investigación historiográfica e intelectual.

Por otra parte, se acentúa la idea, muy discutida entre los historiadores, del carácter único de la Shoah, no tanto por tratarse de un acontecimiento singular, sino porque se considera inconmensurable y no comparable con otros eventos históricos, situándolo de hecho fuera de la historia y en la cúspide de una posible clasificación de males absolutos del mundo contemporáneo. Italia, que ha tratado de ocultar bajo un manto de silencio su propio pasado colonial, debería hacer todo lo posible para que la historia reciente y sus crímenes formen parte de la conciencia colectiva mediante iniciativas de todo tipo y campañas de educación. Pero la vía de la verdad histórica de Estado no nos parece útil para hacer frente a graves fenómenos – a menudo ligados a las declaraciones negacionistas– como la incitación a la violencia o al odio racial y la apología de delitos repugnantes. Para eso ya existen en nuestro ordenamiento jurídico preceptos legales suficientes para perseguir eventuales comportamientos criminales. Es la sociedad civil, perseverando en una batalla cultural, política y ética constante, la que puede crear los únicos anticuerpos capaces de extirpar o reducir al menos las posiciones negacionistas. El Estado tiene que ayudar a la sociedad civil, pero sin pretender sustituirla mediante la aprobación de una ley que corre el riesgo de resultar inútil o, lo que es peor, contraproducente.

Confieso que contemplo con profunda simpatía esta movilización a escala europea en defensa de la autonomía de la historia frente a las posibles injerencias del poder político en el campo de la investigación y la enseñanza y contra la proliferación de leyes que criminalizan ciertas lecturas del pasado, provocando además un efecto de emulación en grupos que reclaman también la protección de su particular memoria colectiva.

En nuestro país, no se han puesto en circulación este tipo de manifiestos, pero el Tribunal Constitucional no perdió la oportunidad de justificar en su Sentencia

43/2004, de 23 de marzo, la protección que nuestra Constitución dispensa a la libertad científica, porque “sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección” (FJ 4).

Esta sentencia desestimó el recurso de amparo presentado por los hijos de Carlos Trías, un abogado ya fallecido que había sido citado en un programa de televisión emitido por el canal TV 3 como testigo de cargo que declaró en dos ocasiones ante el juez instructor del Consejo de Guerra sumarísimo incoado en el año 1937, que concluiría con la condena a muerte de Manuel Carrasco, diputado, consejero de la Generalitat y fundador del partido político UDC, por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión militar. En dicho documental sobre la trayectoria personal y política de Carrasco i Formiguera se dijo que el Sr. Trías, junto con otras 7 personas que luego ocuparían altos cargos dentro del régimen franquista, había comparecido voluntariamente para acusar al político catalanista de haber intentado la fundación de una República independiente, y que la condena impuesta se basó exclusivamente en dichos testimonios.

Los recurrentes en amparo arguyen en su demanda que su padre tan sólo declaró en la instrucción de la causa abierta contra el Sr. Carrasco (no llegó a comparecer en el juicio oral) tras ser citado por el Juez, sin descubrir en su declaración hecho nuevo alguno que no fuese conocido ya merced a los "informes-denuncia" que obraban en poder del instructor. Es falso, pues, que los testigos acudieran voluntariamente a declarar. Tampoco es cierto, en su opinión, que la condena se fundase exclusivamente en las declaraciones de los testigos que se mencionan. Tales declaraciones fueron irrelevantes para el fallo, pues la condena se basó la documentación que se le encontró al acusado cuando fue detenido.

La sentencia recuerda, en primer lugar, que el documental cuestionado versa sobre hechos históricos que tienen una indudable relevancia pública. Para el Tribunal Constitucional, “las valoraciones y juicios sobre los hechos históricos... son tan inevitables como necesarios, sin perjuicio de la dificultad de que alcancen consenso o valoración unánime”. Y “esto vale también para la reconstrucción científica del pasado que llamamos "historiografía", un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescinda de toda perspectiva ideológica o moral en

la exposición del pasado”. La historia es una ciencia “libre y metodológicamente fundada”, que no admite dogmas de fe. Es más, “sin diálogo con los juicios de los demás... no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio... para la formación de una conciencia histórica colectiva”. En otras palabras, la unanimidad en la valoración de acontecimientos históricos es infrecuente (podría ser incluso una anomalía sospechosa) y poco fecunda. Se pueden mantener opiniones distintas e incluso contrapuestas sobre hechos históricos siempre que estén “metodológicamente fundadas”

Se da la circunstancia de que la autora del reportaje, además de periodista, es historiadora. El Tribunal destaca este dato, porque el programa es el fruto de una amplia investigación que duró varios meses, y en él intervienen varios historiadores. Se ha querido ofrecer una valoración historiográfica de los acontecimientos y por ese motivo la realización del documental se inscribe en el ámbito protegido por la libertad de producción y creación científica [art. 20.1 b) CE].

No era la primera vez que el Tribunal se ocupaba de este derecho, pero en esta ocasión va a referirse, en particular, a la libertad científica del historiador. A su juicio, “la libertad científica –en lo que ahora interesa, el debate histórico– disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información”, porque “se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad... se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos”.

La aplicación de esta doctrina conduce a la desestimación del amparo solicitado. Es indudable que el documental en cuestión es producto de una larga investigación histórica en la que se ha contado con las actas del proceso en el que se condenó al Sr. Carrasco y con diversos testimonios. El objetivo que se persigue no es mancillar el honor de alguien, sino aportar una visión, en parte subjetiva, de una persona o un hecho histórico. La sentencia insiste en esta idea: “Si la historia solamente pudiera construirse con base en hechos incuestionables, se haría imposible la historiografía, concebida como ciencia social. En su ámbito, los historiadores valoran cuáles son las causas que explican los hechos históricos y proponen su interpretación, y aunque tales explicaciones e interpretaciones sean en ocasiones incompatibles con otras visiones, no corresponde a este Tribunal decidir, por acción u omisión, cuál o cuáles deban imponerse de entre las posibles.

Son los propios ciudadanos quienes, a la luz del debate historiográfico y cultural, conforman su propia visión de lo acaecido, que puede variar en el futuro”. No se puede explicar con más claridad. La objetividad en la reconstrucción de los hechos es algo que no cabe esperar ni exigir.

En el último de los Fundamentos Jurídicos (el 8º) de la Sentencia 43/2004, el Tribunal recapitula y hace suya la afirmación realizada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el sentido de que no tiene "la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho". De otro modo, añade, “se impondría a los órganos jurisdiccionales la tarea de verificar juicios históricos antes que jurídicos. La discusión histórica está abierta a la participación y a la réplica en su contexto propio y por sus medios característicos, pero no puede estarlo a la solución jurídica, cuya verdad no es, por definición, la que se persigue y construye con el método histórico”. Ciertamente, determinadas interpretaciones de hechos históricos pueden resultar molestas para sus protagonistas o para sus descendientes. En este caso, los hijos del Sr. Trias, que discrepan de algunas afirmaciones que se hacen en el documental pueden “iluminar acerca de cuál fue, a su juicio, la participación de su padre en el procesamiento del Sr. Carrasco,... contribuyendo así a enriquecer el debate histórico”. Lo que no pueden pretender es impedir la emisión del documental.