

**“MEMORY AND PUNISHMENT. HISTORICAL DENIALISM, FREE SPEECH
AND THE LIMITS OF CRIMINAL LAW”, DE EMANUELA FRONZA**

Marco PELISSERO*

Fecha de recepción: 24 de agosto de 2018

Fecha de aprobación: 29 de septiembre de 2018

FRONZA, Emanuela, *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Berlín, Springer, 2018, 178 pp.

I.

Si tuviera que resumir en pocos caracteres la monografía de FRONZA diría que es un libro sobre los límites de la política criminal que, para confrontar el negacionismo, parte de la reflexión sobre este fenómeno y de las consideraciones que fueron efectuadas al respecto en el plano nacional y supranacional. Con un estilo claro, propio de un trabajo de sólida estructura, capaz de desarrollar las complejas cuestiones que en este ámbito plantean las decisiones de inculpar, la autora desarrolla sus argumentos críticos respecto de las opciones de penalización, de las cuales se ha hecho intérprete incluso la Unión Europea con la Decisión Marco 2008/913/GAI. El trabajo está acompañado de una amplia bibliografía y de un útil cuadro sinóptico que hace una comparación de la legislación de los países de la Unión Europea sobre el tema del negacionismo, señalando las modalidades de la conducta, los elementos de delimitación del hecho, el objeto de la tutela y el tratamiento sancionatorio.

Ya desde las primeras páginas de la monografía, FRONZA pone al lector frente a la dificultad de definir el campo de la posible intervención penal por medio de la distinción entre negacionismo y revisionismo, dos conceptos que, en su fluidez semántica, se prestan más a la reflexión histórica que a construir la base para tipificar un ilícito penal: si, de hecho, la revisión, comprendida en sentido amplio, implica la tendencia a reexaminar las reconstrucciones históricas e interpretarlas a la luz de las cambiantes sensibilidades sociales (en este sentido el revisionismo puede ser considerado parte de la investigación histórica), el término negacionismo ha tenido siempre una

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Turín. Recensión originalmente publicada en *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), julio de 2018. Traducción del italiano de Carolina Maglione. Contacto: marco.pelissero@unito.it.

recepción negativa, desde que, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, fueron publicados trabajos que negaban o minimizaban el Holocausto. Si, por tanto, el primero tiene una dignidad científica, porque utiliza las herramientas de la investigación histórica, el segundo constituye una negación misma de la historia y de sus métodos de investigación; en concreto, sin embargo, no es fácil de identificar la cima que los separa.

En este contexto, los ordenamientos nacionales han comenzado a usar el instrumento penal, inicialmente para reafirmar la verdad histórica del Holocausto, para después ampliar el ámbito de aplicación a los tipos penales de hechos diversos, a veces específicos de la historia nacional, no siempre expresivos de una memoria compartida por la comunidad internacional; de modo tal que la tutela penal se ha desviado progresivamente de la verdad de los hechos históricos ocurridos durante las tragedias de la Segunda Guerra Mundial hacia una perspectiva más amplia dirigida a la tutela de derechos humanos. La autora considera que la Decisión Marco de 2008 divide aguas sobre las decisiones de incriminar.

Y es precisamente la ampliación del delito de negacionismo a hechos diversos del Holocausto lo que amplía las dudas acerca de la legitimidad de recurrir al instrumento penal, aunque en el plano supranacional persistan exigencias de incriminación, de las cuales la monografía no renuncia a evidenciar su costado débil.

El análisis de las políticas criminales nacionales y supranacionales es conducido a través de dos registros: por un lado, la verificación del respeto de los criterios de política criminal que deberían gobernar las decisiones de incriminar; por otro lado, el significado que asume el impacto de las legislaciones nacionales en la práctica aplicativa y en los límites correspondientes ante los órganos de justicia constitucionales y supranacionales.

II.

En cuanto al primer tema, la autora resalta dos puntos de conflicto sobre los cuales se mueven las opciones penales frente al negacionismo: la relación entre pena y memoria y la relación con la libertad de manifestar el pensamiento.

Vinculado al primer punto, son particularmente ilustrativas las conexiones entre el desarrollo de la disciplina penal del negacionismo y las leyes sobre la memoria, o sea, el complejo de leyes con las cuales el Estado hace memoria (la fijación de las fechas de conmemoración, la institución de museos, el ponerle nombre a las calles), con lo que se llega a una suerte de “obsesión por la memoria”. Tales leyes fijan una relación entre hechos del pasado, releídos sobre la base de la sensibilidad del presente, a fin de constituir una advertencia sobre el futuro, de modo que el

recuerdo de los hechos del pasado refleja los valores a tutelar (son leyes que van, por tanto, más allá de la simple protección de la memoria histórica, para constituir los valores de los cuales los hechos son una expresión). También las leyes que introducen el delito de negacionismo, diversamente adaptado en el plano nacional, reflejan la misma exigencia, tanto que las primeras pueden a veces ofrecer una base para la legitimación de las segundas, por lo que la autora resalta esta conexión compleja y de implicancia no necesaria. Si, de hecho, las leyes sobre la memoria constituyen ejemplos de *soft law* en el proceso público de construcción de la memoria, la norma penal se presenta siempre como un instrumento de *hard law* que, precisamente como tal, se arriesga a no ser la herramienta más adecuada para la construcción y consolidación de una memoria compartida.

III.

La relación entre leyes que incriminan el negacionismo y la libertad de manifestar el pensamiento es desarrollada por medio de un cuidadoso análisis conducido a la luz de los principios que deben regular la intervención penal. Aunque, como bien señala la autora, el delito de negacionismo pertenece a los denominados delitos de opinión, bien distinto es el significado que esto asume respecto a los tradicionales tipos penales que limitan la libertad de manifestar el pensamiento: si, de hecho, los delitos de opinión de matriz fascista pretendían inculpar las formas de disenso social y político expresadas por los opositores del sistema y, en cuanto tales, han sido investidos por el proceso de revisión crítica a la luz de las libertades constitucionales, el negacionismo, especialmente el referido a los hechos del Holocausto, expresa una exigencia de represión que encuentra un amplio consenso social, del cual la autora toma distancia para desarrollar las propias argumentaciones con base en el examen riguroso del estatuto específico del derecho penal.

Existe, ante todo, la dificultad de construir un tipo penal respetuoso del principio de determinación de modo que defina los límites de la restricción de la libertad de manifestar el pensamiento que el delito inevitablemente comporta: la conducta puede ser diversamente restringida a términos de negación de la existencia de hechos históricos, de su minimización o de su justificación; en la decisión marco de 2008 están previstos elementos que restringen la punibilidad del negacionismo, pero dejando al juez una amplia discrecionalidad de aplicación (como la idoneidad de instigar a la violencia o al odio contra un grupo o un miembro del grupo, o bien la posibilidad para los Estados de limitar la respuesta penal solo en presencia de la afectación al orden público). La dificultad de construir un tipo penal taxativo se intensifica en la medida en que el delito de negacionismo se extiende más allá de la represión de hechos negadores del

Holocausto (y aquí la remisión puede ser a los hechos establecidos por el estatuto de la Corte Penal Internacional o a los hechos individualizados por un juez internacional o, incluso, establecidos por el legislador).

Particularmente estricta es la verificación del respeto al principio de extrema ratio del derecho penal: ¿verdaderamente la criminalización del negacionismo constituye el instrumento adecuado respecto de la exigencia de tutelar los valores subyacentes a los hechos históricos? La duda es más que fundada y emerge de las primeras reflexiones de la autora en torno al papel fuertemente simbólico del derecho penal que se arriesga de ser “solo” simbólico” y, en todo caso, contraproducente respecto a las mismas exigencias de tutela, en cuanto hace aparecer a los negacionistas víctimas de una persecución ideológica.

Otro punto de particular valor que surge claramente de las páginas de la monografía es la incompatibilidad entre la rigidez del instrumento penal y la exigencia de fluidez de la investigación histórica y de las demandas que la sociedad le postula a la reconstrucción histórica: esta última está, de hecho, abierta a la revisión de la lectura de los hechos históricos; el recurso de la herramienta penal, en cambio, endurece la reflexión, pues un juicio penal fija la verdad de los hechos. Y aquí se abre la ulterior deriva problemática de la relación compleja entre proceso penal e historia: el proceso es y debe seguir siendo el lugar de verificación de las responsabilidades individuales y, en cuanto tal, no permite una reflexión más amplia de los hechos ocurridos que es, en cambio, propio de la reconstrucción histórica; así en los procesos de negacionismo la historia entra en el juicio de modo deformante, porque el juez se convierte en “certificador de la verdad”, en razón no solo de la autoridad de cosa juzgada, sino además del carácter simbólico que reviste el proceso penal.

IV.

El segundo tema de lectura crítica de la decisión de incriminar el negacionismo es llevado a cabo a través de una profunda investigación del impacto que algunas legislaciones nacionales tuvieron ante los órganos de la justicia interna, también constitucional, y de la justicia supranacional. El mérito de esta parte de la monografía está en haber desarrollado la reflexión comparada sobre el terreno de las sentencias pronunciadas en Francia, España y Alemania y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objetivo de dejar en evidencia los nudos problemáticos que la incriminación del negacionismo comporta.

En Francia, la cuestión de la legitimidad constitucional del negacionismo no está relacionada con el tipo penal originario, que sancionaba los hechos referidos a los eventos históricos del Holocausto, sino a las leyes que lo han extendido también a la incriminación del genocidio

armenio: al respecto, el *Conseil Constitutionnel* declaró la inconstitucionalidad del delito de negacionismo, pero no en lo que respecta a los hechos establecidos por vía judicial (el Tribunal de Núremberg), sino en lo relativo a los hechos individualizados por el legislador como dignos de tutela penal. No obstante, incluso con esta limitación del ámbito de la punibilidad, la autora señala que, aunque la norma penal en cuestión sirva para tutelar la dignidad humana, el recurso al derecho penal se arriesga a introducir al interior del proceso (como en el caso Theil, de 2006) una reflexión sobre el correcto método histórico como criterio para evaluar la relevancia penal de las afirmaciones negacionistas: de aquí la crítica a un epílogo que “pone a la historia bajo proceso y en duda la validez del método histórico” (p. 96).

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos legitima el delito de negacionismo cuando se refiere a los hechos del Holocausto, en razón de la grave afectación del orden público que comporta la negación de hechos judicialmente verificados; por lo demás, individualiza la violación del artículo 10 del CEDU, relativo a los límites de la libertad de manifestar el pensamiento, cuando se trata de la negación de hechos sobre los cuales está todavía abierto el debate histórico. Así, en el caso Perinçek, los jueces de Estrasburgo, al pronunciarse por primera vez sobre el negacionismo del genocidio armenio, concluyeron que tenía un carácter desproporcionado la condenación penal, en violación del art. 10 del CEDU, porque el recurrente no había negado la verdad de los hechos ocurridos en 1915, sobre los cuales el debate histórico está todavía abierto, sino que postuló una relectura en una clave que negaba el carácter de genocidio. La crítica que la autora dirige a la posición tomada por los jueces de Estrasburgo está en el hecho de que, basados en el juicio de la desproporción de la condena, es asumido también el *locus commissi delicti*, porque las afirmaciones, objeto de incriminación, habían sido hechas en Suiza, país lejano del contexto en el cual se desarrollaron los hechos: la argumentación revela la atención a las exigencias de tutela del orden público, sobre todo, de aquellas de tutela de los derechos humanos, que deberían prescindir de la distancia respecto al lugar de los hechos.

También en Alemania, donde la tutela penal está enfocada solo sobre hechos del Holocausto, el *Bundesverfassungsgericht*, en 1994, declaró la legitimidad constitucional de la incriminación de la negación de hechos históricos, en tanto que aquí no hay protección de la libertad de manifestar el pensamiento: también en este caso, la autora, sin embargo, se pregunta de qué herramientas puede disponer el juez para comprobar la verdad de los hechos.

En términos diferentes, en cambio, se pronunció el juez constitucional español sobre el delito de negacionismo (previsto entonces por el art. 607 del CPE), para el cual existía un ámbito de aplicación delimitado en virtud de otro parámetro: la mera negación de los hechos goza de tutela

constitucional, salvo que suponga una forma de instigación indirecta a cometer violencia contra un grupo social; es punible, en cambio, la justificación de los hechos históricos, en cuanto tal conducta expresa un desvalor que la hace asimilable a una instigación a la violencia.

También los órganos nacionales de justicia constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con argumentaciones diferentes, delimitaron la decisión de incriminar el negacionismo hecha por los legisladores nacionales, pero falta una línea de interpretación clara y unitaria.

Es completamente compartible la conexión que la autora traza entre la decisión (nacional y supranacional) de recurrir al derecho penal y la exigencia de responder a la inseguridad de la sociedad a través de decisiones judiciales a las cuales se les atribuye la capacidad “mágica” de reforzar la memoria colectiva en torno a valores fundamentales comunes. Por medio de esta función fuertemente simbólica, el derecho penal y el proceso penal distinguen los vínculos entre amigos y enemigos. Los procesos penales se convierten en “arenas de la memoria” (p. 161) y se mueven “sobre un terreno que es emocional y directamente de los valores” (p. 162), lo que complica la relación entre la ley —sobre todo si es ley penal— y las dimensiones axiológicas cuya tutela se quiere garantizar. La conclusión de FRONZA es que sobre este camino el derecho penal pierde su tradicional impronta liberal; la incriminación del negacionismo, sin lograr garantizar la tutela de los derechos humanos, entra en conflicto con la libertad de manifestar el pensamiento y la libertad de la investigación científica. Aunque los negacionistas usan la libertad de expresión para atacar y vilipendiar los valores de algunos hechos históricos, en la clarísima conciencia de la autora la duda reside en si el derecho penal constituye el instrumento más adecuado para reafirmar la tutela efectiva de esos valores, mientras que resulta concreto el riesgo de dar mayor visibilidad a la tesis negacionista, como lo han demostrado los (pocos) casos judiciales.

Si es justificado reprimir penalmente las conductas que instigan a la violencia contra un grupo o contra individuos que pertenecen a un grupo, el derecho penal se expone a ser una “falsa solución” (p. 170) y el proceso penal, desde un lugar destinado a la verificación de responsabilidades individuales, se transforma impropriamente en “espacio de la memoria”. La advertencia, por tanto, está dirigida a evitar los efectos distorsivos del uso puramente simbólico del derecho penal, en la seguridad de que la respuesta al negacionismo debe ser llevada a cabo sobre el plano político a través de intervenciones desafortunadamente menos visibles respecto del clamor también mediático de las normas y de los procesos penales: la lúcida conclusión de FRONZA es que debe ser recorrido “el largo camino de las decisiones políticas y de la educación”.