



Departamento de Derecho

Trabajo de Graduación de la carrera de Abogacía

**La libertad de expresión frente a la criminalización
de los discursos negacionistas en Argentina**

Un nudo gordiano del derecho

Tomás Geuna

27.087

Mentor: Federico Salvador Carestia

Victoria, 31 de julio de 2020

A mis padres, por permitirme hacer de mi educación una prioridad.

A mis hermanos, mis mejores amigos.

A mis amigos, por su lealtad incondicional.

A mi universidad, mi alma mater.

A Federico Carestia, por su infinita paciencia para guiarme en el proceso de esta tesis.

A los que vendrán, con la esperanza de que nunca olviden a los que todavía seguimos buscando.



ABSTRACT. En los últimos años se han presentado varios proyectos en el Congreso Nacional destinados a criminalizar las expresiones negacionistas vinculadas con la dictadura militar ocurrida de 1976 a 1983; suceso histórico que sigue ocupando un lugar preponderante en el debate social y la agenda política de nuestro país. Estas propuestas están en línea con las legislaciones de diversos países europeos importantes (referidas al holocausto) y se contraponen, por ejemplo, con la postura adoptada en la materia por los Estados Unidos. El presente trabajo, luego de examinar la tensión de derechos involucrada, pretende demostrar que, pese a la existencia de argumentos sólidos en el derecho internacional para impulsar la criminalización de estos discursos, una normativa de este estilo devendría inconstitucional bajo el derecho argentino. Ello, toda vez que supondría una clara afectación al derecho a la libertad de expresión.

Introducción	4
I. Relevancia política e histórica	6
a. Relevancia política	6
b. Relevancia histórica	7
II. Hacia un concepto de negacionismo	9
a. Diferencia con el revisionismo histórico	10
III. Antecedentes legislativos en nuestro país	11
a. Cámara de diputados	11
b. Cámara de senadores	13
IV. Derecho comparado	14
a. Alemania	14
i. Caso “Auschwitzluge”	17
b. Francia	18
i. Caso Garaudy	19
c. España	20
i. Sentencia 235/2007. Cuestión de Inconstitucionalidad	21
ii. Cambio de paradigma y normativa actual	22
d. Estados Unidos	23
i. Diferencia con el derecho continental	24
ii. Caso Skokie	25
V. Argumentos a favor en el Derecho Argentino	26
a. Afectación a la eminente dignidad.....	28
b. Afectación al Orden público.....	32
VI. Argumentos en contra	37
a. Los tratados internacionales de derechos humanos y su aversión	38
b. Su imposibilidad material bajo el derecho constitucional argentino.....	41
i. Test de constitucionalidad.....	42
VII. Conclusión	49
Bibliografía	

Introducción

El negacionismo surgió en Europa y los Estados Unidos como un movimiento que pone en entredicho el genocidio cometido por la Alemania Nazi contra los judíos. Los puntos esenciales de este movimiento son: I) No hubo un plan sistemático de aniquilación de los judíos; II) El número de judíos muertos es sustancialmente inferior al reconocido mundialmente en la actualidad y III) Las cámaras de gas nunca existieron; IV) El holocausto es un mito inventado por los judíos para obtener financiamiento¹.

Preocupados por la escalada de estas expresiones, gran parte de los países europeos sancionaron diversas normas penales tendientes a reprimirlas. Incluso, algunos países en los que se cometieron graves crímenes de lesa humanidad decidieron extender el tipo penal a la negación de estos. En contraposición a este accionar, Estados Unidos resolvió no criminalizar estos discursos y permitir su libre expresión en el marco de lo dispuesto por la primera enmienda de su constitución.

Lejos de ser algo ajeno a la Argentina, estos discursos han encontrado correlato en la negación de lo ocurrido en la última dictadura militar. De esta manera, después de casi 30 años de finalizado el gobierno de facto, persisten todavía en la sociedad expresiones tales como: I) El número de desaparecidos es sustancialmente inferior al reconocido por los organismos de derechos humanos²; II) No se trató de terrorismo de Estado, sino de una guerra "sucia"³; y III) Se trató de un mito para conseguir subsidios⁴. Así, Independientemente de que uno apruebe o rechace estas ideas (a nuestro juicio despreciables), lo cierto es que se erigen en expresiones cuya eventual restricción debería ser examinada bajo los preceptos constitucionales que regulan nuestro derecho.

Desde el punto de vista del Derecho constitucional, el concepto de negacionismo plantea cuanto menos varios problemas. A la hora del análisis de una normativa que sancione los discursos negacionistas, resulta de trascendental importancia valorar su impacto sobre las garantías constitucionales, más precisamente en lo que concierne al ejercicio del derecho de

¹ Lipstadt. D. E (1993). *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*. Nueva York, EE. UU: Penguin books

² Gómez Centurión, sobre los desaparecidos "No es lo mismo 8 mil verdades que 22 mil mentiras" (30 de enero de 2017). *Infobae*

³ Macri llamo "guerra sucia" a la última dictadura y dijo desconocer si eran "9 mil o 30 mil los desaparecidos". (10 de agosto de 2016). *La Capital*

⁴ Darío Loperfido "En Argentina no hubo 30 mil desaparecidos" (26 de enero de 2016). *Infobae*

libertad de expresión. Sin duda alguna, los discursos negacionistas se erigen como expresiones y como tal, cualquier restricción que se imponga sobre ellas deben ser analizados a la luz de lo dispuesto por este derecho constitucional.

Sin embargo, una potencial normativa de este tipo nos obliga, por oposición, a prestar específica atención al efecto que estos discursos pueden generar sobre otros principios fundamentales del constitucionalismo moderno, como aquellos vinculados al derecho a la dignidad y el orden público. Así, toda vez que estas expresiones suponen una colisión con el derecho a la eminente dignidad humana de las víctimas de la última dictadura militar y con el orden público, entendido como aquel conjunto de condiciones fundamentales para la paz social, la seguridad y tranquilidad de la sociedad en su conjunto, una potencial normativa de este tipo debe ser analizada desde una óptica que tenga en cuenta la multiplicidad de derechos que se hallan en juego.

Por lo cual, la potencial sanción de una ley que criminalice los discursos negacionistas supondría salvaguardar el derecho a la dignidad y el orden público a cambio de una considerable afectación al derecho a la libertad de expresión. Mientras que en el caso de que una ley de este tipo no prospere, esto supondría una protección al derecho a la libertad de expresión pese a las consecuencias que esta podría traer sobre la dignidad y el orden público.

En la actualidad, no existe en nuestro país una norma especial que sancione el discurso negacionista. Esta cuestión ha sido omitida por el derecho argentino, y su jurisprudencia, en tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no ha delineado los alcances de la tutela constitucional de la libertad de expresión con respecto a este tipo de expresiones⁵.

Con ello en mente, el presente trabajo pretende evaluar la validez o invalidez en términos constitucionales de un potencial proyecto sancionador de los discursos negacionistas. Nótese que el análisis se efectuara especialmente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión y las otras garantías constitucionales que se hallan en juego.

La tesis se estructurará de la siguiente forma: En el capítulo I, se presentará el contexto histórico y político que otorgaría a esta normativa una especial relevancia para la sociedad Argentina. El capítulo II, definirá el concepto de discurso negacionista y evidenciará sus diferencias con el revisionismo histórico. El capítulo III, detallará los antecedentes legislativos de proyectos sancionadores de estos discursos en nuestro país. El capítulo IV, presentará un estudio de derecho comparado en países que tienen institucionalizado este tipo de

⁵ Rivera (h), J. C (2009). *La libertad de expresión y las expresiones de odio*. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot

normativas, el cual se contrastará con la posición estadounidense. Este análisis tendrá como objeto servir de base para el examen argumental del siguiente capítulo. El capítulo V, expondrá los principales argumentos a favor de sancionar una normativa de estas características en el derecho argentino. El capítulo VII, presentará los principales argumentos en contra de tal normativa, haciendo hincapié en el derecho a la libertad de expresión. Por último, el capítulo VII contendrá las consideraciones finales del análisis aquí presentado.

I. Relevancia política e histórica

En este capítulo, haremos un breve análisis de relevancia política e histórica a fin de ayudar al lector a comprender la importancia del estudio de una normativa de este tipo.

a. Relevancia política

En febrero de 2020, durante la visita protocolar a Francia del presidente electo de la República Argentina Alberto Fernández, las organizaciones de derechos humanos de aquel país le sugirieron replicar el modelo francés de criminalización de los discursos negacionistas de la shoah, adaptado a las circunstancias históricas de nuestro país.

Ante esta propuesta, el jefe de estado Argentino tomó nota de la idea y se comprometió públicamente ante ellas a impulsar una ley de similares características a la existente en Francia, pero que tenga como objeto la criminalización de los discursos negacionistas de los delitos de lesa humanidad cometidos por la última dictadura militar Argentina⁶. En declaraciones con la prensa y luego de su reunión con el presidente, Sophie Thonon, abogada de las víctimas francesas de la última dictadura militar, comentó:

” El Presidente se comprometió a elaborar una ley similar a la que existe en Francia contra el negacionismo (...) La idea es que la norma francesa pueda usarse de base para debatir un

⁶ Alberto Fernández impulsara una ley contra el “negacionismo de la dictadura” (6 de febrero de 2020). *La Nación: Política*; Carelli Lynch, G. (6 de febrero de 2020) El presidente analiza una ley para penar a quienes nieguen los desaparecidos de la dictadura. *Clarín*. Recuperado 13 de febrero de 2020 de https://www.clarin.com/politica/presidente-analiza-ley-penar-nieguen-desapariciones-dictadura_0_WpBOPyS2.html;

Febbro, E. (7 de febrero de 2020) Alberto Fernández prometió trabajar en una ley contra el negacionismo. Página 12. Recuperado el 13 de febrero de 2020 de <https://www.pagina12.com.ar/246067-alberto-fernandez-prometio-trabajar-en-una-ley-contra-el-neg>

proyecto para adaptarlo a la situación en Argentina. El presidente nos pidió colaboración para elaborar un informe⁷

Por su parte, consultado acerca de esta propuesta, el presidente Fernández declaró:

“Hay que tener en cuenta antecedentes mundiales. Así como se castigan las conductas racistas o de maltrato y discriminación, se suma la conducta del que niega los delitos de lesa humanidad que una sociedad pudo haber padecido. Es un enorme dolor que ha tenido la Argentina. Negarlo es un acto vergonzoso (...) En Francia existe y voy a estudiarla a ver si puede ser aplicada. Todos los cultores de la teoría de los dos demonios son negacionistas”⁸

La ley francesa -que tiene análogas en Alemania, Austria, Bélgica, España, República Checa, Israel, Luxemburgo, Liechtenstein y Lituania, entre otros- pena las expresiones negacionistas y minimizadoras del holocausto judío, efectuadas fuera del ámbito privado.

El proyecto estaba previsto para su tratamiento el 24 de marzo de 2020, fecha en la cual se conmemora el Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia. Sin embargo, debido a las circunstancias de fuerza mayor vinculadas a la pandemia del Covid-19 y el consecuente cambio de agenda legislativa que esto supuso, hasta el momento (Julio de 2020) el proyecto no ha sido enviado al Congreso.

Seguidamente, realizaremos un breve repaso histórico para contextualizar acerca del grado de relevancia que un potencial proyecto de este tipo podría tener en la sociedad Argentina.

b. Relevancia histórica

El 24 de marzo de 1976, las Fuerzas Armadas derrocaron a la entonces presidenta María Estela Martínez de Perón e instauraron el “Proceso de reorganización social”, una nueva dictadura militar que duraría hasta fines del año 1983.

Durante la dictadura, las sucesivas juntas militares que ejercieron el gobierno de facto tomaron medidas políticas, económicas, sociales y culturales que marcaron a fuego la historia de nuestro país hasta el día de hoy. La dictadura no solo implicó el cese de la democracia, sino que también importó el cese del estado de derecho y la república mediante la suspensión de las garantías constitucionales, la disolución del Congreso Nacional y la destitución de la

⁷ Alberto Fernández quiere impulsar una ley contra quienes nieguen las desapariciones de la dictadura. (6 de febrero de 2020). *Ámbito financiero*: política

⁸ Alberto Fernández: ‘Me molesta que me digan que tengo presos políticos porque no los tengo’ (10 de febrero de 2020). *Infobae*: Política

Corte Suprema. La dictadura ejerció el terrorismo de Estado a través de la represión, la persecución, los asesinatos, la apropiación de menores y la desaparición forzosa de personas⁹. Este último accionar guarda especial trascendencia ya que fue esta clandestinidad operacional del accionar militar lo que hizo a la dictadura argentina distintiva del común denominador de las muchas dictaduras que se suscitaron en la región simultáneamente.

Tras el conflicto bélico de Malvinas, y luego de reclamos de la comunidad nacional e internacional, la dictadura finalmente aceptó convocar a elecciones y entregó el poder a quien resultase vencedor de las mismas, el doctor Raúl Alfonsín. Durante su gobierno, el entonces presidente Alfonsín creó la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) con el objetivo de investigar las sistemáticas violaciones a los derechos humanos perpetradas por la última dictadura militar durante el periodo 1976-1983. Para esto, la comisión integrada por reconocidas personalidades del ámbito académico, científico y jurídico recibió miles de declaraciones y testimonios de las víctimas a los fines de recomponer un tenebroso rompecabezas de lo ocurrido en aquellos años. Finalmente, producto de esta tarea investigativa y de una gran valentía política del presidente Alfonsín, se juzgó y condenó a las Juntas Militares, resultando en un hito histórico tanto para la Argentina como para el mundo.

Sin embargo, pese a las investigaciones y las condenas ejemplares contra los integrantes de las fuerzas militares por la comisión de crímenes de lesa humanidad, no se logró alcanzar una cohesión social transversal a toda la sociedad acerca de lo sucedido. Por el contrario, ha devenido en una rivalidad histórica entre ciertos sectores de la población, que aun en la actualidad se enfrentan por sus posturas disímiles respecto a lo acontecido. Así, esta rivalidad contrapone en líneas generales a dos sectores: Por un lado aquella parte de la sociedad que quiere defender y reivindicar la memoria activa de las víctimas del terrorismo de Estado y, por el otro lado, aquellos que controvierten lo que parecieran ser aspectos marginales de lo ocurrido (modalidades, número de víctimas y contexto) como mecanismo para restar importancia al fondo de la cuestión y poder así dar un cierre definitivo a la cuestión.

Por su parte, lejos de aportar una política oficial encaminada a posibilitar que la sociedad Argentina pueda lentamente sanar sus heridas, el Estado ha agravado aún más esta crispación social. No solo no ha implementado un mecanismo responsable de acción y discursivo transversal a toda la clase política destinado a unir a los argentinos, sino que por el contrario, ha adoptado posturas antagónicas de lo ocurrido conforme a los cambios de gobierno, lo cual agravado aún más los horizontes de esta rivalidad que enfrenta a una significativa porción de la sociedad Argentina.

⁹ Para mayor precisión, véase: Walsh, R.J (Carta abierta de un escritor a la junta militar, 24 de marzo de 1977)

De esta manera, a casi 40 años de finalizada, la dictadura sigue siendo un tema de constante discusión para la sociedad argentina en su conjunto. En efecto, este debate se ve trenzado por voces que van desde generaciones contemporáneas a lo sucedido hasta una nueva generación que se siente interpelada por esta situación, pese a solo conocer lo acontecido en dichos años a través de libros de texto y relatos de terceros.

Por todo lo expuesto, entendemos que resulta de especial relevancia el análisis de las implicancias constitucionales que derivarían de un potencial proyecto sancionatorio de los discursos negacionistas. En efecto, mediante esta normativa el Estado constituiría una narrativa oficial histórica acerca de lo sucedido en la última dictadura militar y castigaría cualquier otra expresión de la ciudadanía que la controvierta. Así, el Estado adquiriría un rol activo en la rivalidad antes mencionada, oficiando de reconstructor de la memoria oficial.

II. Hacia un concepto de negacionismo

El término «negacionismo» deriva de la palabra «negación», la cual tiene su matriz de origen en el verbo negar. La Real Academia Española reconoce distintas acepciones de este verbo: «*decir que algo no existe, no es verdad o no es como alguien cree o afirma*», «*dejar de reconocer algo, no admitir su existencia*», «*desdeñar, esquivar algo o no reconocerlo como propio*», «*ocultar, disimular*»¹⁰. Si bien las acepciones vertidas son distintas, tienen en común su función de cuestionar lo que se tiene por verdad. De esta manera, podemos entender que la acción de negar implica un rechazo a aquello afirmado o aceptado.

El concepto de negacionismo está estrechamente vinculado a la reacción de ciertos sectores de la sociedad europea de posguerra frente al genocidio perpetrado por los nazis durante el holocausto judío. El origen de esta orientación puede rastrearse hacia finales de la década de los años cuarenta del siglo XX cuando el historiador francés Paul Rassinier, considerado como el padre del negacionismo, lanzó por primera vez su tesis de que nunca existió un plan de aniquilación sistemática de la población judía y que las víctimas habrían sido muchas menos que las que oficialmente se indicaban¹¹. El término adquirió notoriedad pública de la mano del autor francés Henry Rousso, quien comenzó a emplear la palabra en sus estudios acerca de la última guerra mundial. Para este autor, el negacionismo constituía la antítesis de la historiografía científica, en tanto derivaba de un pensamiento o ideología y no de un proceso científico de investigación, considerándolo como un discurso abocado para falsear

¹⁰ Real Academia Española (2001) Diccionario de la lengua española (DRAE). Edición digital

¹¹Bartrop, P. R. y Totten, S. (2008). Dictionary of Genocide: Volume 1. Londres, Inglaterra: Greenwood Press.

eventos históricos¹². En efecto, Rousso logró su cometido e instaló el término en las esferas académica, política y periodística, desatando un sin fin de voces acerca de su significado y alcances que persiste en la actualidad.

De acuerdo con la definición propuesta por el Consejo Europeo en el marco del Protocolo adicional relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba, el negacionismo es: "la negación, trivialización, justificación o aprobación en público de crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad"¹³.

A través de lo expuesto, hemos podido apreciar que lo que caracteriza a los negacionistas es su intento por reescribir la historia minimizando, negando o simplemente haciendo caso omiso de hechos esenciales. Tales autores no se preocupan por brindar argumentaciones y elementos que puedan fundar sus afirmaciones, sino que simplemente se limitan a la negación total y absoluta de todos los cimientos de la evidencia histórica. De esta manera, los negacionistas suelen prescindir de material historiográfico oficial, estándares académicos y pruebas disponibles, otorgando una interpretación desvirtuada a las pruebas documentales, de modo tal que el sostén de su teoría sobre lo ocurrido se base en un acto de fe por parte del lector¹⁴.

Sin embargo, resulta ciertamente imprescindible trazar una distinción entre nuestra figura eje de análisis y la figura del revisionismo histórico, las cuales eventualmente suelen ser confundidas. Vale recordar a todo evento que la distinción resulta indispensable, toda vez que este último guarda sustanciales diferencias en lo que atañe a metodología y finalidad con relación a las propias del negacionismo. Por ende, entendemos que no pueden ser comprendidas en el alcance de la figura del negacionismo y deben ser deslindadas de él.

a. Diferencia con el revisionismo histórico

Si bien el revisionismo histórico también invita a repensar la historia, a diferencia del negacionismo lo hace adecuándose a una metodología distinta que incluye estándares académicos, pruebas disponibles y la adopción de un método científico. Para esta tarea, el revisionismo emplea procedimientos racionales tales como el análisis de nueva evidencia empírica, reexaminación o reinterpretación de la evidencia existente y el reconocimiento de

¹²Rousso, H. (1991). *The Vichy Syndrome*. Cambridge, EE. UU: Harvard University Press

¹³ Disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

¹⁴ Thus, V. (2013). El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs derecho local. Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos. *Pensar en derecho*

un cierto cuerpo de evidencia “irrefutable” o una “convergencia” de evidencias¹⁵. Asimismo, esta figura se distingue del negacionismo, en tanto su finalidad no se limita a la negación total y absoluta de los hechos, sino que se avoca a propiciar el avance del conocimiento actual mediante la corrección legítima del conocimiento ya existente sobre ciertos eventos del pasado. Así, la función principal del revisionismo consiste en una búsqueda de la verdad histórica que a la vez suponga una crítica a los dogmas establecidos y no en una mera negación.

Esta diferenciación se relaciona estrechamente con el objeto de estudio de esta tesis. En tanto, no caerían bajo el espectro de una potencial normativa de este tipo todas aquellas expresiones que, reconociendo la evidencia histórica acerca de lo sucedido en la última dictadura militar (Desaparecidos, centros clandestinos de detención y tortura, robo de bebés, entre otros), corrijan lo conocido mediante la introducción de nueva información y contribuyan así a la reconstrucción de la verdad histórica.

En conclusión, habida cuenta de estas características, el negacionismo se consolida como un discurso que se sitúa fuera del ámbito académico en el terreno de la investigación histórica y nos invita a una discusión de índole mundial en pleno siglo XXI sobre temas que son tan antiguos como inagotables: ¿Cómo compatibilizar los derechos de las personas afectadas por estos discursos y el derecho a la libre expresión de quien los emite?

III. Antecedentes legislativos en nuestro país

A julio de 2020, la República Argentina no cuenta en su ordenamiento jurídico con un tipo penal específico sancionador de los discursos negacionistas. Sin embargo, desde el año 1999 se presentaron ante el poder legislativo algunos proyectos tendientes a tipificar estos discursos. Si bien ninguno de ellos pudo alcanzar los requisitos necesarios para su aprobación, estimamos pertinente hacer un breve repaso acerca del historial legislativo en torno a esta figura.

a. Cámara de diputados

Actualmente, se han presentado tres proyectos en esta cámara:

¹⁵ Berger, R. J.(1995). *Fathoming the Holocaust: A Social Problems Approach*. Londres, Inglaterra: Aldine Transaction

- El primero de ellos fue presentado en el año 2017 por la Diputada Cecilia Moreau¹⁶. Dicho proyecto pretendía introducir un nuevo inciso al Artículo 226 del código penal (Sección correspondiente a los delitos de atentados al orden constitucional y a la vida democrática) que sancione específicamente el negacionismo de los funcionarios públicos y agentes de las fuerzas de seguridad, excluyendo a toda la población que no sea parte de dichos grupos. De esta manera, se propuso *prisión de tres a ocho años e inhabilitación perpetua al funcionario público o agentes de las fuerzas de seguridad que públicamente y por cualquier medio, apruebe, niegue, justifique o reivindique un crimen de lesa humanidad*. Finalmente, el proyecto no fue aprobado.
- El segundo de ellos fue presentado también en el año 2017, pero en este caso por la legisladora Nilda Garre¹⁷. Este proyecto propuso un espectro más amplio de sujetos pasivos pasibles de ser criminalizados por la norma, extendiendo la prohibición a *cualquier persona que públicamente negara, minimizara, justificara y/o aprobara cualquier forma de genocidio o crímenes contra la humanidad*. A su vez, establecía como agravante que el discurso negacionista sea efectuado por un funcionario público. El proyecto no solo contemplaba sanciones penales, sino que también incluía sanciones pecuniarias de hasta doscientos mil pesos, las cuales hubiesen sido destinadas a instituciones dedicadas a la investigación y lucha contra crímenes de lesa humanidad. Finalmente, el proyecto no fue aprobado.
- El último proyecto presentado en la cámara baja, fue el impulsado en el año 2019 por el exdiputado, y ahora Secretario de Derechos Humanos, Horacio Pietragalla¹⁸. Este proyecto tuvo la particularidad de haber sido realizado en conjunto por las abuelas de plaza de mayo y diputados de distinto color político. Bajo el marco de este proyecto, se propuso crear un capítulo especial en el código penal llamado “Negacionismo de los delitos de genocidio y de crímenes de lesa humanidad”, en el cual se incluyese un artículo en específico que disponga la prisión dos meses a dos años al *que públicamente negara, minimizara, justificara o reivindicara la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra contemplados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados*

¹⁶ Expediente N° 8906-D-2016. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=8906-D-2016&tipo=LEY>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020)

¹⁷ Expediente N° 8910-D-2016. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=8910-D-2016&tipo=LEY>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020)

¹⁸ Expediente N° 3473-D-2019. Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3473-D-2019&tipo=LEY>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020)

internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y/o de quienes fueran condenados por su comisión. Es decir, este proyecto tuvo como particularidad central la pretensión de criminalizar los discursos negacionistas de todos los genocidios y crímenes de lesa humanidad perpetrados fuera de nuestro país e internacionalmente reconocidos. Por último, al igual que los demás proyectos, establecía un agravante de inhabilitación por el doble de tiempo en caso de tratarse de funcionarios públicos. Finalmente, no fue aprobado.

b. Cámara de senadores

En lo que respecta a la cámara de senadores, se ha presentado un único proyecto:

- El proyecto fue presentado en el año 2017 por el Senador Daniel Pérsico.¹⁹ Este proyecto propuso la creación de un artículo (Art 213 Ter) en la sección de delitos contra el Orden Público. Dicho artículo establecía la *penalización, con prisión e inhabilitación especial, a aquel funcionario público que durante su ejercicio de la función pública hiciera declaraciones tendientes a reivindicar, legitimar y/o minimizar los delitos cometidos por el terrorismo de Estado durante la última dictadura argentina entre los años 1976-1983.* Bajo este artículo, según estipulaba el proyecto, quedarían comprendidos los delitos que hayan sido de especial pronunciamiento en sede judicial. Un dato particular de este es la obligación que establecía en cabeza aquel funcionario apartado del cargo, en función de la pena prevista por el Art 213 Ter, de acreditar capacitación en materia de derechos humanos como condición necesaria para acceder a una nueva y futura designación. Finalmente, el proyecto no fue aprobado.

En conclusión, la existencia de estos antecedentes legislativos demuestran que la expresión de los discursos negacionistas y la posibilidad de su criminalización no han pasado desapercibidos en la Argentina. Por el contrario, ha sido un tema que estuvo, está y estará no solo en el candelero del debate social, sino también en la agenda política y legislativa de nuestro país.

A continuación, se introducirá un capítulo de derecho comparado a los fines de mostrar la amplitud del tema, sus distintas aproximaciones en casos prácticos, la argumentación y, por

¹⁹Expediente N° 0854-S-2017. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/854.17/S/PL>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020)

supuesto, sus resultados. Todo ello para dar lugar al último capítulo, en el que se expondrán de forma sistemática los posibles argumentos esgrimidos en favor y en contra de la sanción de una ley penal de negacionismo en Argentina.

IV. Derecho comparado

a. Alemania

La República federal de Alemania tiene una especial relevancia a los fines de nuestro objeto de estudio toda vez que fue donde, tras el holocausto, las primeras corrientes de voces negacionistas han cobrado significancia.

Alemania ha adoptado un modelo de “Democracia militante” (*Streitbare Demokratie*) con respecto a los discursos negacionistas. Este modelo concibe al Estado como el encargado de defender a la democracia de aquellos que no “aceptan” las reglas del juego democrático y pretenden “desvirtuar” las libertades consagradas por la constitución o hacer abuso de ellas²⁰. En este sentido, la Constitución Nacional alemana²¹ prevé expresamente en su artículo 18 la posibilidad de privar de la libertad de expresión a quien haciendo “abuso” de este derecho la utilice para “combatir la libertad y la democracia.”²²

Si bien Alemania consagra un margen de protección amplio al derecho a la libertad de expresión y opiniones en su artículo 5, es este mismo artículo en su inciso 2 el que explícitamente establece los límites a su ejercicio para la protección de otros derechos²³, más

²⁰Pech, L. (2009). *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*. Jean Monnet Working paper

²¹ Traducción al español disponible en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ca1946.htm> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

²² Artículo 18 [Privación de los derechos fundamentales] Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal.

²³ Artículo 5 [Libertad de opinión, de los medios de comunicación, artística y científica] (1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida. (2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y

precisamente del derecho a la dignidad reconocido por la constitución alemana en su artículo primero²⁴.

No obstante, resulta sorprendente que Alemania no haya tenido como correlato hasta 1994 un tipo penal especialmente diseñado para la criminalización de la negación de Holocausto. Esto no impidió que hasta ese año esos discursos sean sancionados en base a distintos tipos penales como Injuria (Art 185), difamación de la memoria de los difuntos (art. 189) y principalmente los delitos contenidos hasta ese momento en el artículo 130: Incitación al odio o atentado contra la dignidad humana de grupos identificados por su nacionalidad, etnia, religión. De esta manera, juristas y legisladores alemanes creyeron por muchos años haber dado con una solución suficiente para mitigar los discursos negacionistas.

Sin embargo, este recurso mostró sus debilidades en el caso Deckert y obligó a repensar un cambio de paradigma en la criminalización de estos discursos. En 1992 el entonces presidente del Partido Nacional Democrático (NPD) Deckert, señaló en una charla partidaria que no había posibilidad alguna de que hayan existido cámaras de gas en Auschwitz y fue acusado de violar el artículo 130 vigente a ese momento. En 1994, la Corte Suprema de Justicia Alemana señaló que una lesión bajo dicho artículo requería una lesión al valor humano de la víctima y que este requisito no se configuraba en el caso en cuestión. En este sentido, el Tribunal dijo que el uso de la propaganda nazi o la acusación de estafa sionista eran suficientes para alcanzar este requisito, pero la negación de cámaras de gas no. Esta decisión despertó un gran repudio de la sociedad y fue objeto de múltiples críticas de la comunidad jurídica, periodística y política alemana.

Ante esta situación, el 21 de septiembre de 1994 el parlamento aprobó una reforma de los delitos de incitación al odio, que constituye el principal tipo penal bajo el cual los tribunales alemanes en la actualidad sancionan los discursos negacionistas²⁵. La reforma supuso un nuevo apartado al artículo 130 del Código Penal que reza lo siguiente:

en el derecho al honor personal. (3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

²⁴ Artículo 1 [1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable]

²⁵ La jurisprudencia ha entendido que quedan exceptuados aquellos discursos correspondientes en el contexto del arte o de la ciencia, para la defensa anticonstitucional, para la investigación o enseñanza, para la información periodística sobre hechos históricos, o por fines similares.

“Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa será castigado quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice un hecho cometido bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el § 220a inciso 1, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública”²⁶

Este inciso, vigente a la actualidad, amplía el espectro de conductas típicas de este delito e incluye, además de la negación, la minimización y trivialización del holocausto. Asimismo, la legislación circunscribe las sanciones correspondientes de este inciso a los crímenes cometidos por los nazis y no expresa de manera alguna que las mismas podrán ser de aplicación para otros genocidios, como por ejemplo el genocidio Armenio. Finalmente, este apartado establece que es condición necesaria para su aplicación que se trate de afirmaciones (“Statements”) y que esas aseveraciones negacionistas sean realizadas de una manera capaz de perturbar la paz pública. Sin embargo, la jurisprudencia alemana ha establecido reiteradamente la presunción de que cualquier afirmación que niegue, minimice o trivialice el holocausto constituye *per se* una amenaza a la paz pública. Así, la mera expresión de discursos de este contenido, independientemente de su contexto, es considerada una potencial amenaza a la paz pública y por lo tanto puede ser criminalizado acorde a este inciso.

En conclusión, Alemania y su “constitución de la dignidad”²⁷ se han convertido en un faro para las democracias occidentales europeas al establecer límites normativos concretos a la libertad de expresión, en atención a un criterio de proporcionalidad de esta libertad en relación con otros bienes jurídicos que el estado ha de proteger en su rol de “Estado Militante”.

A continuación, presentaremos jurisprudencia de los principales tribunales alemanes que permitirá explicitar la operatividad del modelo alemán de “Democracia Militante” en la práctica:

²⁶Código Penal alemán traducido al español, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

²⁷ Kommers, D.P. (1980) *The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany*. Notre dame law school. 53 S. Cal. L. Rev. 657

i. Caso “Auschwitzluge”

Si bien este caso es anterior a la introducción del nuevo apartado del artículo 130, encontramos relevante su análisis en tanto explicita la regla de que los discursos negacionistas deben ser entendidos como afirmaciones de hecho (*statements*) y por lo tanto, a diferencia de las opiniones, no gozan de una protección constitucional privilegiada frente a otros derechos pasibles de ser afectados por estos discursos. Asimismo, este caso establece a las claras como Alemania ejecuta su rol de “Democracia militante” ante la mera posibilidad de alterar la paz pública, no requiriendo que el peligro se halle inminente.

El caso consistió en una disputa judicial entre el distrito de Múnich y el Partido Demócrata Nacional alemán (NPD). El conflicto se suscitó en torno a la difusión de un evento del NDP a realizarse en Múnich, el cual tenía como orador principal al conocido negacionista Daniel Irving. Ante esta situación, las autoridades de Múnich emitieron una orden de prohibición al evento fundamentada en la alta probabilidad de que el mismo condujese a discursos negacionistas del exterminio en el Tercer Reich. Con motivo de esta orden, el NDP fundó un reclamo alegando que su derecho a la libertad de expresión de opinión (Artículo 5.1) había sido violado por la prohibición del distrito de Múnich.

Finalmente, el caso recayó en la Corte Constitucional Federal quien rechazó el reclamo del NDP y sostuvo la decisión del distrito de Múnich²⁸. La Corte fundó su postura argumentando que aquellos que niegan/trivializan el holocausto en la esfera pública no expresan opiniones, sino que expresan afirmaciones cuya naturaleza falsa ha sido establecida sin ningún margen a duda por distintos medios a lo largo de la historia. De esta manera, la Corte estableció que dada su relación de subjetividad expresa y que se hallan expresamente fundadas en mentiras, estos discursos no contribuyen de manera alguna para la futura formación de opiniones y por lo tanto, no deben encuadrarse bajo la protección constitucional de opiniones del artículo 5.1.

Por último, la Corte consideró que la prohibición del evento emitida por el distrito de Múnich se ajustaba perfectamente a las exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la Corte sentenció que una intervención estatal de este tipo en el área de libertad de expresión no necesariamente requiere de un peligro inminente y claro, sino que la potencialidad de que sustancien un mero peligro o amenaza con discursos de esta índole como en este caso, es suficiente para tomar estas medidas.

²⁸ 1 BvR 23/94

b. Francia

Consideramos pertinente analizar el caso de Francia, ya que tal como hemos mencionado en el apartado I.A, el actual Presidente de la Nación Alberto Fernández expresó públicamente su intención de utilizar como referencia la normativa de este país para la sanción de una eventual ley similar en la Argentina.

No obstante la falta de vinculación inmediata de Francia con el holocausto, la normativa criminalizadora de los discursos negacionistas con respecto a este hecho no fue mera casualidad. Esta legislación respondió a la escalada de popularidad de los discursos de extrema derecha impulsados por el partido político “Rassemblement national”²⁹ y la profanación de un cementerio judío en mayo de 1990. En efecto, fueron estas situaciones las que convencieron al parlamento francés de que los delitos presentes a ese momento³⁰ eran insuficientes para mitigar este tipo de conductas y que necesitaban una nueva legislación para hacer frente a las mismas que sancionase los discursos negacionistas.

En ese contexto, el 13 de Julio de 1990 el parlamento Frances sanciono la Ley N.º 90-615, denominada “Ley Gayssot”, mediante la cual añadió un nuevo artículo (Art 24 bis) a la Ley de libertad de prensa de 1881 que reza lo siguiente:

“Serán castigados con idénticas penas (que las previstas en el artículo 24 relativo a la provocación al odio racial³¹) quienes pongan en duda (“Contesté”) por uno de los medios enunciados en el artículo 23³², la existencia de uno o de varios crímenes contra la humanidad, tal como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del tribunal militar internacional anexionado al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, y que han sido cometidos, sea por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho estatuto, sea por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional”³³.

²⁹ El partido en ese entonces era liderado por Jean-Marie Le Pen, quien era públicamente conocido por sus reiteradas expresiones ofensivas acerca del holocausto.

³⁰ Hasta ese momento, la ley de libertad de prensa de 1881 en su artículo 24 únicamente sancionaba los delitos de instigación a la discriminación, al odio o a la violencia contra un grupo étnico, una nación, una raza o una religión

³¹ Pena de 1 a 5 años de prisión, y multa.

³² Discursos, gritos o amenazas pronunciadas en lugares públicos o reuniones, o por escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier otro soporte de escritura, discurso o imagen vendida o distribuida, ofrecida para la venta o exhibida en lugares públicos o reuniones, pancartas o carteles expuestos al ojo público, o por cualquier medio de comunicación para público por medios electrónicos.

³³ Troper, M (2001) *Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución*. Anuario De Derechos Humanos. Nueva Época, 2, 957 – 984; Énfasis propio

En clave comparada, se distinguen diferencias troncales entre esta legislación y la receptada por Alemania. En primer lugar, la legislación alemana delimita su aplicación únicamente a aquellos discursos que niegan el genocidio judío, mientras que la legislación francesa circunscribe su aplicación a los genocidios reconocidos por Estatuto del tribunal militar de Nuremberg (Acuerdo de Londres³⁴). En segundo lugar, con respecto a las conductas sancionadas, la legislación gala presenta un carácter más restrictivo hacia las acciones constitutivas del delito de negacionismo. Así, mientras la legislación alemana establece a las acciones de minimización y negación como constitutivas del delito, la legislación francesa utiliza el termino *contesté* que abarca la idea negar, impugnar, discutir o cuestionar como constitutivo del delito pero no introduce, al menos formalmente, la alternativa de minimización. No obstante, la postura mayoritaria de los tribunales franceses ha sido tendiente a incorporar la minimización como constitutiva de los discursos negacionistas penalizados por la Ley Gayssot. Por último, en lo que respecta al plano reglamentario, también existen significativas diferencias. Mientras que la legislación alemana supone como requisito necesario para su aplicación que la negación sea capaz de perturbar la paz pública, la legislación francesa no necesita de ningún requisito previo para su aplicación.

De la misma manera, la Ley Gayssot cuenta con ciertas particularidades con respecto a otras leyes de la misma índole: Uno de sus elementos indispensables es el requisito de publicidad de la idea de negacionista, de manera que las expresiones deben ser efectuadas en voz lo suficientemente alta para ser comprendidas por la sociedad o expuestas al ojo público de cualquier manera³⁵. Asimismo, bajo esta Ley no se necesita prueba alguna de que las expresiones en cuestión ponen en riesgo bienes jurídicos de interés que justifiquen su restricción, sino que la restricción se justifica en base al contenido mismo de las expresiones.

Seguidamente, expondremos un caso icónico de la jurisprudencia francesa que permitirá apreciar los lineamientos centrales de la legislación francesa.

i. Caso Garaudy

Roger Garaudy, conocido escritor y filósofo francés, publicó en diciembre de 1995 un libro titulado “Los mitos fundadores de la política israelí”, el cual fue distribuido y comercializado

³⁴ Este estatuto reconoce únicamente como genocidio al holocausto judío, excluyendo al genocidio armenio que se encuentra expresamente reconocido por Francia. Por lo cual la Ley Gayssot, al igual que el art 130 alemán, delimita su objeto de aplicación a los discursos negacionistas del holocausto judío

³⁵ Artículo 23 de Ley de prensa francesa. Disponible en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

en Francia ese mismo año. Ante esta publicación, diversas asociaciones civiles representantes de la comunidad judía presentaron una demanda alegando que varios pasajes de la obra³⁶ contenían expresiones negacionistas del holocausto judío. Así, estas denuncias dieron lugar a la apertura de cinco procedimientos judiciales contra Garaudy, basados en la violación de la Ley Gayssot.

El 16 de diciembre de 1998, el Tribunal de Apelaciones de París confirmó la condena impuesta en primera instancia y declaró a Garaudy culpable de los delitos negación de crímenes contra la humanidad, condenándolo a seis meses de prisión y una sanción pecuniaria de 50.000 francos. El Tribunal consideró que el libro no podía recibir la protección de la libertad de expresión, ya que su verdadero propósito no era la búsqueda de la verdad histórica ni el debate académico o científico, sino negar la existencia del holocausto judío.

De esta manera, el Tribunal fundó su decisión en que estos discursos negacionistas contenidos en el libro habían afectado la dignidad humana de toda la sociedad y que debían catalogarse como un elemento de ofensa, no amparado por la libertad de expresión, en tanto fueron expuestos de forma capaz de desacreditar a la comunidad judía y de socavar los valores de toda la civilización francesa en su conjunto.

Finalmente, Garaudy recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien confirmó las sentencias de los tribunales locales franceses y consideró que la Ley Gayssot se ajustaba perfectamente a los estándares normativos del Consejo Europeo de Derechos Humanos³⁷.

c. España

Consideramos relevante el caso español, en tanto este país ha tenido un interesante vaivén histórico en lo que respecta al criterio jurídico aplicable a los discursos negacionistas.

En sus inicios, y con ánimos de dejar en el pasado las restricciones impuestas durante el gobierno franquista, el Tribunal Constitucional español consideró a estos discursos como parte del derecho a la libertad de expresión y difusión, por lo cual los mismos no fueron objeto de sanción³⁸. No obstante, este criterio jurídico mutó con el paso de los años y en 1995 el

³⁶ Garaudy había escrito en distintos pasajes del libro expresiones aberrantes tales como “El mito de los seis millones (P.85)” “Las cámaras de gas no eran más que crematorios, al igual que los hay en Londres o París. Lo que indica que nunca hubo voluntad de incinerar personas” (P.145) “El mito del juicio de Nuremberg y la justicia de los vencedores” (P.72) “Nadie puede probar que la solución final planificada al problema de los judíos haya sido su exterminio, su objetivo era la mera deportación” (141)

³⁷ Garaudy v. France. TEDH No. 65831. 24/6/2003

³⁸ Véase caso Violeta Friedman (STC 214/1991) donde el Supremo Tribunal Constitucional sostuvo que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de

parlamento español introdujo una reforma del Código Penal (Art 607.2³⁹) que criminalizó estos discursos en base a su perjuicio sobre la igualdad, dignidad y honor.

Sin embargo, esta postura legal tuvo un nuevo vaivén en el año 2007. En la sentencia 235/2007, el Constitucional español⁴⁰ desoyó los lineamientos fijados por la normativa y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y declaró inconstitucional el Artículo 607.2 del Código Penal de 1995, argumentando su incompatibilidad manifiesta con la libertad de expresión.

Finalmente, en el año 2015 el Poder Legislativo español introdujo una nueva reforma del tipo penal sancionador de estos discursos. Este nuevo tipo penal, vigente hoy en día, receptó los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional español en su sentencia del 2007 y la normativa internacional europea vigente.

Seguidamente, haremos un análisis acerca de cambio de paradigma instaurado por la declaración de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 235/2007 y su posterior influencia en la reforma penal vigente a la actualidad con respecto a estos discursos.

i. Sentencia 235/2007. Cuestión de Inconstitucionalidad

El caso en cuestión tuvo origen en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm.3 de Barcelona, la cual condenó penalmente a Pedro Varela Geiss conforme a lo dispuesto por el artículo 607.2 del Código Penal de 1995. Geiss, propietario de una librería en ese entonces, fue condenado por el Tribunal Catalán con motivo de la distribución, difusión y venta de materiales en los que se negaban, trivializaban y justificaban los crímenes nazis. El tribunal argumentó que, independientemente de que la librería comercializaba otro tipo de libros, estos eran cuantitativamente inferiores con relación a aquellos que defendían o negaban el holocausto, por lo cual se hallaba probado que el verdadero propósito de Geiss era negar estos hechos.

concentración, por reprobables o tergiversadas que sean, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (FJ.8)

³⁹ Art. 607.2 CP: La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que [*nieguen o*] justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años»

⁴⁰ Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6202> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

La sentencia fue apelada ante el Tribunal Constitucional, quien en 2007 se expidió acerca de la cuestión declarando parcialmente inconstitucional el Artículo 607.2 en lo que respecta a la inclusión de los discursos que *nieguen*. De esta manera, el Tribunal consideró constitucional lo dispuesto por este artículo en lo que respecta a la criminalización de los discursos que *justifiquen* el holocausto debido a su aptitud para incitar a la violencia⁴¹. Así las cosas, esta sentencia estableció una serie de precisiones acerca de la criminalización del negacionismo y su relación con el derecho constitucional a la libre expresión:

En primer lugar, y en oposición a la doctrina Alemana de “Democracia Militante”, la Corte señaló que la libertad de expresión no debe ser restringida aun así las ideas u opiniones difundidas sean contrarias a la esencia misma de la constitución y la dignidad humana garantizada en ella⁴².

En segundo lugar, la Corte, en clara diferencia con lo establecido por Francia y Alemania, señaló que los discursos negacionistas por más reprobable o tergiversados que fuesen quedaban amparados por el derecho a la libertad de expresión ya que «con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos»⁴³

Por último, la Corte rechazó cualquier restricción impuesta a la libertad de expresión de los discursos negacionistas sustentada en la idea de prevención o aseguramiento de la paz pública. En este punto, la Corte tomó distancia de la doctrina francesa, estableciendo la imposibilidad de instituir restricciones a la libertad de expresión de estos discursos por su contenido, prescindiendo de la exigencia de que estos representen un «peligro cierto de generar un clima de violencia que pueda concretarse en actos específicos de discriminación»⁴⁴. Así, la Corte estableció que un tipo penal como el analizado requiere para su constitucionalidad exigencias adicionales como la incitación a la violencia y no basta con su contenido para justificar la restricción a la libertad de expresión que este supone.

ii. Cambio de paradigma y normativa actual

Finalmente, en 2015 mediante una reforma del código penal, el parlamento español reintrodujo la criminalización de los discursos negacionistas. Esta reforma ajustada a las

⁴¹ Ídem

⁴² Fundamento Jurídico (FJ). 4

⁴³ Ídem.

⁴⁴ FJ. 9

exigencias de la jurisprudencia nacional en el fallo 235/2007 y la comunidad Europea en la Decisión marco 2008/913/JAI⁴⁵, introdujo el artículo 510 que reza lo siguiente:

Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses

C) *Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos⁴⁶.

De esta manera, España adoptó las exigencias derivadas del Tribunal Constitucional y mediante este artículo estableció la exigencia de la existencia de un peligro concreto que justifique la restricción a los discursos negacionistas. Así, este tipo penal opera únicamente ante la presencia de una incitación al odio u hostilidad contra minorías. En este mismo sentido, el Artículo también adoptó las exigencias de los tribunales europeos al establecer el requisito de publicidad para la configuración de delitos.

En conclusión, la nueva legislación española introdujo dos aspectos centrales. Por un lado, un objeto más amplio que ningún otro país, en tanto criminaliza la negación de cualquier genocidio o cualquier crimen de lesa humanidad y no lo circunscribe al holocausto judío. Por otro lado, estableció el requisito necesario de que estos discursos sean capaces de insuflar odio u hostilidad en la sociedad para poder ser penalizados.

d. Estados Unidos

Este país guarda una especial relevancia a nuestros fines comparativos por dos motivos particulares.

El primero se vincula en torno a la estrecha vinculación que tiene la Constitución Norteamericana con la de nuestro país. Tal como ha afirmado el miembro de la comisión redactora de la Constitución Nacional de 1853 Benjamín Gorostiaga, la Constitución Argentina fue “forjada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos”⁴⁷. En este mismo sentido se ha expresado el profesor Jonathan Miller, quien ha dicho que el Derecho

⁴⁵ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133178>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

⁴⁶ Énfasis propio

⁴⁷ Ravnani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Buenos Aires, Argentina: Jacobo Peuser

Constitucional Estadounidense ha sido un “talisman” para la Argentina⁴⁸. Así las cosas, Argentina ha sustanciado varios de los derechos fundamentales de su Carta Magna tomando como referencia muchas de las enmiendas de la Constitución americana, entre ellas la primera ateniendo al derecho a la libertad de expresión⁴⁹.

El segundo motivo es la diferenciación en el abordaje jurídico de estos discursos entre este país y la gran mayoría de los países occidentales. Bajo el modelo estadounidense los discursos negacionistas gozan de la protección constitucional dispuesta por la primera enmienda y no están, a priori, sujetos a restricción alguna.

i. Diferencia con el derecho continental

La libertad de expresión tiene en los Estados Unidos un lugar privilegiado frente a otros derechos también protegidos por el ordenamiento máximo nacional. En palabras de Schauer es la «*preferred freedom of the preferred freedoms*»⁵⁰. Así, la posición del Estado ha de ser de absoluta neutralidad frente al discurso social, no pudiendo establecer restricciones basadas en su contenido, ni tampoco distintos niveles de protección a una opinión o idea aun así sean contrarias al texto constitucional, la democracia o simplemente disvaliosas⁵¹.

En este marco, Estados Unidos no establece restricción alguna a los discursos negacionistas, sin importar cual sea el objeto de negación en cuestión. Por lo cual, el Estado ha de permitir a todo ciudadano estadounidense expresar este tipo de discursos y será la sociedad quien en última instancia desestimaré este tipo de ideas⁵². De este modo, acorde al estándar delineado por la Corte Suprema (SCOTUS) en el caso “Brandenburg V. Ohio”⁵³ y utilizado en la actualidad, estos discursos podrán ser únicamente sujetos a restricciones cuando por sus circunstancias particulares, conduzcan inequívocamente a un peligro claro e inminente. De

⁴⁸ Miller, J. M (1997). *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*. Nueva York, EE. UU: American University Law Review

⁴⁹ Rosenkrantz, C. (2005). *En contra de los “prestamos” y de otros usos autoritativos del derecho extranjero*. Revista jurídica de la universidad de Palermo, 1, 71-95

⁵⁰ Schauer, F. (2005). *The exceptional first amendment*. Working paper series Harvard University, 1-37

⁵¹ En este sentido ver Fallos SCOTUS: *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, [418 US 323 (1974)]

⁵² Boyle, K. (2001). *Hate speech- The United States Versus the Rest of the World?* Maine Law Review, 53, 488-502

⁵³ *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969)

esta manera, el modelo estadounidense no permite restricciones a los discursos negacionistas basadas en su contenido.

Con esto en mente, examinaremos un leading case de la jurisprudencia estadounidense. Si bien este precedente no se trata estrictamente de discursos negacionistas y su libertad de expresión, entendemos su análisis resulta útil a los fines de poner de manifiesto el funcionamiento del estándar estadounidense con respecto a estos discursos.

ii. Caso Skokie

En 1976 el Partido Nazi (NPA) se propuso realizar una marcha en el pueblo de Skokie (Estado de Illinois), en el cual se asentaba una de las comunidades judías más grandes del país. Con motivo de esto, envió una solicitud a las autoridades municipales para obtener los permisos correspondientes. En esta nota señalaban que la marcha duraría un lapso menor a una hora y que su intención era ir vestidos con el tradicional uniforme nazi y exhibir banners que incluyesen esvásticas.

Tras la solicitud, el Tribunal del Circuito del Condado de Cook emitió una ordenanza judicial que establecía la prohibición de marchar con el uniforme del partido nazi, mostrar la esvástica en público y la distribución de cualquier material que incite o promueva el odio contra de los judíos. Asimismo, el alcalde de Skokie emitió una prohibición a la marcha debido a la posible escalada de violencia “incontrolable” que podría alcanzar

Ante esta situación, el caso llegó a la Corte Suprema de Illinois. Este Tribunal confirmó la validez de la orden judicial del tribunal de primera instancia, por lo cual mantuvo las prohibiciones con respecto a la marcha. Ante esta situación, el NPA solicitó un recurso “Certiorari”, el cual supone una revisión de un tribunal superior sobre la decisión de uno inferior, escalando el caso a la Corte Suprema de Justicia de Los Estados Unidos.

Finalmente, la SCOTUS retrotrajo la decisión del Tribunal Supremo de Illinois y dictó la inconstitucionalidad de la ordenanza que impedía realizar la manifestación. El máximo Tribunal autorizó a que se realice la marcha bajo las características inicialmente pretendidas por el partido nazi (Uniformes, esvásticas y demás) en consideración de su derecho a la libertad de expresión establecido en la primera enmienda⁵⁴.

En conclusión, el derecho norteamericano concibe a los discursos negacionistas como parte inherente del derecho a la libertad de expresión, y como tal merecedores de protección constitucional independientemente de lo vejatorio o indignante que estos resulten. De esta

⁵⁴ National Socialist Party of America v. Village of Skokie (1977) 432 U.S. 43.

manera, Estados Unidos erige a la regla europea de restricción de estos discursos, como una excepcionalidad y hace de su libertad de expresión, la regla.

V. Argumentos a favor en el Derecho Argentino

Los capítulos anteriores han demostrado que no existe un criterio único con respecto al tratamiento de los discursos negacionistas. En síntesis, no hay una regla general en los ordenamientos jurídicos del mundo acerca de cómo han de compatibilizarse los bienes jurídicos afectados por estos discursos y el derecho a la libertad de expresión de quien los emite.

Con esto en mente, este capítulo presentará de forma sistemática los principales argumentos de índole normativo, doctrinario y jurisprudencial tendientes a justificar la constitucionalidad de un potencial proyecto que sancione los discursos negacionistas. Todo ello, dentro del marco jurídico del derecho argentino.

La criminalización de los discursos negacionistas tiene un enorme bagaje tanto doctrinario como jurídico en los distintos ordenamientos legislativos de una amplia gama de naciones. Así, independientemente de la postura que uno asuma acerca de aquella, resulta un hecho innegable que la hipotética presentación de un proyecto de esta índole a nivel nacional se enmarcaría en un contexto mundial que ha ido a tono de este tipo de discusiones.

En efecto, la introducción de este tipo de figuras delictivas ha oficiado como un mecanismo de respuesta jurídico-institucional de aquellos países donde se han cometido graves crímenes de lesa humanidad a lo largo de su historia. Este instituto ha sido también incorporado en otros países que no cuentan en su haber con este tipo de crímenes, entre ellos Austria, Bélgica, República Checa, Liechtenstein, Lituania y Luxemburgo. Asimismo, si bien algunos países de la comunidad europea tales como Holanda, Polonia, Portugal, Rumania y Suiza han decidido no crear una figura delictiva especial para el negacionismo, esto no ha obstado a su aversión a este tipo de discursos y su consecuente criminalización bajo el marco de figuras delictivas ya existentes.

No obstante la criminalización de estos discursos se ve receptada en mayor medida en el derecho continental, el debate acerca de esta figura no es ajeno a nuestra región. Tanto Chile⁵⁵ como Perú han presentado proyectos de esta índole en sus respectivos congresos, obteniendo incluso aprobación por parte de ambos cuerpos legislativo en el caso peruano⁵⁶

⁵⁵ El proyecto jamás fue aprobado

⁵⁶ Finalmente, a petición de la organización internacional Human Rights Watch, el proyecto fue desestimado.

Pese a la amplia recepción jurídica de este tipo de normativas a nivel mundial, resulta inevitable reconocer su colisión con el derecho constitucional de libre expresión. Este derecho es indudablemente uno de los derechos más preponderantes de nuestra carta magna, hallándose reconocida en arts. 1, 14, 19, 32, 33 y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (incorporados a la Carta Magna en 1994 por el art. 75, inciso 22).

Sin embargo, como todos los derechos dentro del derecho argentino, la libertad de expresión no es absoluta, sino que coexiste con el resto y está sujeta a restricciones en su ejercicio. En este sentido, la Corte Suprema de justicia la Nación (CSJN) ha establecido que los derechos contenidos en cualquiera de los artículos de la constitución tienen igual jerarquía y que por lo tanto la interpretación entre ellos debe ser armónica⁵⁷. Esto se ve explicitado en nuestro texto constitucional, el cual consagra la libertad de expresión en su artículo 14 pero no sin antes mencionar que su ejercicio será conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Dicho todo esto, y aun así uno fuese el más partidario de un entendimiento “absolutista” de la libertad de expresión, no podría desconocerse que -tal como se ha señalado en el ordenamiento jurídico Continental-estos discursos suponen una afectación sobre otros bienes jurídicos. Más precisamente aquellos atinentes a la eminente dignidad humana, entendida como núcleo irreducible de los derechos personalísimos y el orden público, entendido como la paz pública de la sociedad en su conjunto. Ambos bienes jurídicos se encuentran receptados en nuestra propia Constitución, la cual en su preámbulo reza: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina (...) con el objeto de (...) *consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general*”⁵⁸

En este mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todo ellos de jerarquía constitucional, establecen el valor intrínseco de estos bienes jurídicos y la consecuente posible limitación de otros derechos como la expresión para el desenvolvimiento de estos.

Dicho esto, a continuación se analizarán los discursos negacionistas, su sustanciación con la libertad de expresión y su relación con los dos principales bienes jurídicos protegidos: I) Dignidad. II) orden público

⁵⁷ Fallos CSJN 264:95 y 255:293

⁵⁸ Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina; Énfasis propio

a. Afectación a la eminente dignidad

La *eminente dignidad* de la persona humana ha de ser entendida como aquella que comprende valores tan primordiales como el honor, la libertad, la integridad y todos los preceptos vinculados al núcleo de los derechos personalísimos. La dignidad humana engendra una multitud de derechos esenciales y constituye el cimiento de todos los derechos humanos de los hombres. La dignidad es el único derecho absolutamente inderogable y que posee un valor jurídico a nivel regional, internacional y universal, más allá de su entidad constitucional en Argentina. En palabras de Garibian “si la libertad es la esencia de los derechos humanos, la dignidad es la esencia de la humanidad”⁵⁹

Lejos de ser únicamente un deber moral que se encuentra en la superficie de los derechos, la *dignidad* se erige como parte del derecho positivo, siendo reconocida en la inmensa mayoría de los tratados internacionales de jerarquía constitucional. En efecto, La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas la menciona como un derecho “Inalienable” de las personas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace mención a su carácter “inherente” a todos los seres humanos. Asimismo, la dignidad también se encuentra reconocida como derecho en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional (Preámbulo, artículos 33,18 y 19)

En este sentido, Jeremy Waldron, parafraseando la idea de John Rawls de una “*well ordered society*”, menciona la importancia de la dignidad para la constitución de una sociedad ordenada y democrática⁶⁰. Waldron señala que para la construcción de una sociedad de este tipo, es condición *sine qua non* que todos sus ciudadanos reconozcan y respeten la esfera de dignidad de cada persona. Así, bajo la concepción de este autor, la dignidad cumple un rol trascendental, en la medida que es la propia certeza de contar con ella lo que permitirá la autorrealización de las personas y el ejercicio de sus libertades. De esta manera, para Waldron no existe posibilidad alguna concebir una “*well ordered society*” sin asegurar que cada ciudadano tenga la dignidad necesaria. En una idea similar, el filósofo israelí Avishai Margalit hace mención del concepto de sociedad “*decente*” como “Aquella que otorga a cada persona el honor que se le debe y (...) cuyas instituciones otorgan a todas las personas el

⁵⁹ Garibian, S. (2011). *El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho?* Nueva Doctrina Penal, vol. 2009/B, p. 523-537

⁶⁰ Waldron, J. (2012). *The harm in hate speech*. Cambridge, EE. UU: Harvard University Press (p.69)

honor que merecen⁶¹. De esta manera, Avishai al igual que Waldron da cuenta de la dignidad como requisito necesario para una sociedad democrática.

Ahora bien, naturalmente este derecho a la dignidad ha de ser ponderado con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión. Este último derecho guarda una especial importancia en nuestra sociedad, toda vez que permite robustecer el debate, generar opinión pública e incentivar la pluralidad de ideas. Sin embargo, este derecho puede también generar serios conflictos con la dignidad. Así, aun así uno fuese el más fundamentalista de una libertad de expresión cuasi irrestricta, no podría desconocer que los discursos de índole negacionista generan una colisión con la eminente dignidad humana mencionada en el artículo 19 de la Constitución Argentina, toda vez que hieren sentimientos que calan en lo más profundo de las víctimas, sus familiares y de la sociedad argentina en su conjunto.

En este sentido, son numerosos los autores que se ponen de acuerdo sobre la idea de que la dignidad no solo es ultrajada por la ejecución de crímenes contra la humanidad y genocidios, sino también por la negación de estos⁶². Sin dudas, habrá casos en los que el presunto colectivo afectado por estos discursos no experimente ningún sufrimiento, pero esto no obsta que el negacionismo no constituya *per se* un daño a la dignidad. Esto, según Waldron, es lo que lo hace distinguible de una mera ofensa⁶³.

De esta manera, en el negacionismo lo reprochable es la intención de hacer daño, es decir, el *dolo* del emisor de estos discursos cuya conducta está inspirada por una falsedad que difunde inescrupulosamente con la manifiesta finalidad de cumplir un objetivo determinado: Socavar la dignidad de aquellos a quienes destina estos discursos⁶⁴.

Es ante esta situación, y en atención a que ha sido el propio Estado argentino el que ha perpetrado los mayores crímenes sobre los derechos humanos de estos grupos durante la dictadura militar, bajo la cual nos preguntamos ¿Tan horripilante escenario no haría que sea válidamente justificable —con miras a evitarlo o a que se propague— que el estado adopte

⁶¹ Margalit, A. (1997) *La sociedad decente*. Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica. (p. 45)

⁶² Ver en este sentido: H. PIRALIAN, *Génocide et transmission*, L'Harmattan, Paris, 1994, pp. 89 ss (en español: *Genocidio y Transmisión*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000); C. COQUIO, «Génocide: une vérité sans autorité. La négation, la preuve et le témoignage », *Revue de l'ARAPS (Association Rencontres Anthropologie Psychanalyse)*, 1999, pp. 163 ss; Y. TERNON, *Du négationnisme. Mémoire et tabou*, Desclée de Brouwer, Paris, 1999, pp. 14 ss; F. WORMS, *Op. cit.*, pp. 95 ss. Para un enfoque innovador del negacionismo como *apología del crimen*: N. MICHEL, *Op. cit.*, pp. 13-22

⁶³ Waldron, J (2012)

⁶⁴ Vanossi, J. R (2014). *La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho*. *Pensamiento Constitucional* 19, 123-162

medidas de acción positiva, conforme al Artículo 75 inc. 23 de la Constitución, en orden a garantizar el goce y ejercicio de los derechos de estos grupos?⁶⁵ Esto en la práctica supondría la creación de una nueva figura penal abocada a tipificar la conducta de quienes, amparándose en la libertad de expresión de sus discursos, atentaran contra el núcleo irreducible de dignidad de las víctimas y familiares de la parte más triste de nuestra historia.

Así, toda vez que ha sido el propio Estado quien ha ejecutado las más terribles violaciones a los derechos que hayamos conocido, la dignidad las víctimas podría erigirse razón suficiente para justificar la prohibición de la negación de los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo la última dictadura militar argentina.

Esta limitación a la libertad de expresión en aras de la dignidad podría encontrar sustento normativo en lo dispuesto por el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (PIDCP), toda vez que este, de forma similar a lo establecido por el artículo 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁶, no concibe el ejercicio de un derecho tal como la libertad de expresión, de manera tal que socave otro derecho como la dignidad como una actividad protegida bajo este Pacto. Así, el artículo dispone:

Artículo 5.1: Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos *encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos* y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él⁶⁷.

De la misma manera, el artículo 19.3 de este Pacto *permite* expresamente establecer restricciones a la libertad de expresión como modo de asegurar el núcleo irreducible de los derechos personalísimos de cada ciudadano, disponiendo:

Art 19.3: El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, *puede estar sujeto a ciertas restricciones*, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás⁶⁸;

⁶⁵ Vanossi, J. R (2014)

⁶⁶ Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo

⁶⁷ Énfasis propio

⁶⁸ Énfasis propio

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha expresado favorablemente a este tipo de leyes. Particularmente, en el caso “Faurisson v. Francia”⁶⁹ ha establecido que la condena de Faurisson en el marco de la Ley Gayssot por sus discursos negacionistas ⁷⁰ se sustentaba adecuadamente en las disposiciones y derechos reconocidos por el PIDCP y no implicaba violación alguna al tratado: «*El Comité llega a la conclusión de que las restricciones impuestas a la libertad de expresión del autor eran lícitas de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto*»⁷¹

En el caso “Ross v. Canadá”⁷², el comité ratificó nuevamente su postura acerca de la validez de este tipo de restricciones a la libertad de expresión. En este caso, el Comité confirmó la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de New Brunswick⁷³ conforme a lo dispuesto por el art 19.3, y señaló: “Los derechos o la reputación de los demás para cuya protección se pueden permitir restricciones en virtud del art 19 pueden estar relacionados con otras personas o con una comunidad en su conjunto”⁷⁴.

Lejos de ser algo ajeno a la tradición jurídica Argentina, la Corte Suprema de nuestro país tiene en su haber un vasto abanico de casos en donde la defensa de derechos fundamentales que componen el núcleo de la dignidad ha oficiado como contrapeso de la libertad de expresión⁷⁵. De este modo, por medio del concepto de proporcionalidad entre derechos vinculados a la dignidad y libertad de expresión, la Corte ha permitido establecer límites en el ejercicio de esta. La apelación a la defensa del honor, la superación del odio en sus múltiples variantes de expresión, las expresiones discriminatorias, la doctrina de la real malicia, son tan solo algunas de las variantes utilizadas históricamente por nuestra Corte Suprema.

No obstante el deber de protección de la dignidad conforme a su valor intrínseco al cual hemos hecho referencia previamente, hemos también de hacer mención del valor

⁶⁹ Human Rights Committee (HRC), *Comm’n No. 550/1993: Robert Faurisson v. France*. U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (Diciembre. 16, 1996).

⁷⁰ La condena se sustentaba en sus declaraciones ante un medio de prensa francés, en las cuales afirmo, entre otras cuestiones, que la utilización de cámaras de gas en contra de la población judía durante el Tercer Reich eran un “mito”, y se refirió a ellas como “mágicas”

⁷¹ *Robert Faurisson v. France* Cit. 9.6

⁷² *Malcolm Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997

⁷³ *Malcolm Ross* profesor de un colegio primario, había sido apartado debido a sus varios libros, folletos y declaraciones públicas antisemitas a pedido de un padre religión judía de uno de sus alumnos

⁷⁴ *Malcolm Ross v. Canadá* Cit. 11.5; Énfasis propio

⁷⁵ Véase entre otros: “Canicoba Corral, Rodolfo Arístides c/ Acevedo, Sergio Edgardo y otros s/ daños y perjuicios”; “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”; “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”; “Campillay, Julio C. c/ La Razón, Crónica y Diario Popular”

instrumental de la dignidad. Como hemos expuesto, los discursos negacionistas son pasibles de atentar el núcleo de la dignidad eminente de cada persona. Sin embargo, esta socavación de la dignidad podría repercutir en la interacción de las víctimas dentro de la comunidad y a su desarrollo en una sociedad democrática. En este punto, los discursos negacionistas por su naturaleza podrían generar un sentimiento de inferioridad en las víctimas y sus familiares, quienes al no contar con un piso mínimo de respeto a su dignidad garantizado, disminuirían su participación social en la comunidad⁷⁶. Así, los discursos negacionistas generarían en este grupo un efecto “Silenciador”⁷⁷, lo que provocaría en última instancia una afectación a la libertad de expresión.

Seguidamente, expondremos los principales argumentos correspondientes al orden público como bien jurídico protegido, los discursos negacionistas y su relación con la libertad de expresión

b. Afectación al Orden público

El orden público, entendido como el estado o situación de paz pública y seguridad de una comunidad, es uno de los pilares fundamentales que debe ser promovido por el estado en la sociedad democrática. Nuestro texto constitucional en su preámbulo da cuenta de su valor al configurarlo como uno de los principios rectores de la Carta Magna: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina (...) con el objeto (...) *consolidar la paz interior (...)*: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina⁷⁸”.

En igual sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29 y La Declaración de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 28 establecen la relevancia del orden público instituyéndolo como una de las causales excepcionales para la limitación de derechos y libertades. De igual forma, este precepto se halla reconocido en los artículos 12,13,15,16,22 y 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 12,19,21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De esta manera, estos tratados han instado a los Estados parte a prohibir las expresiones que atenten a este valor, entre ellas los denominados “Discursos de odio”. Una certera

⁷⁶ Waldron, J (2012)

⁷⁷ Fiss, O.M (1996) *The irony of hate speech*. Cambridge, EE. UU: Harvard University Press (P.150)

⁷⁸ Preámbulo de la Constitución; Énfasis propio

definición de los discursos de odio es la establecida por el Consejo de Europa⁷⁹ quien ha definido a estos discursos como:

“Aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y *cualquier otra forma de odio* fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad⁸⁰”.

Por su parte, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Bertoni señaló que: “Los discursos de odio pueden definirse tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia”⁸¹.

Nuestro país ha criminalizado este tipo de discursos, conforme a lo establecido por estos tratados internacionales⁸², debido a que los mismos son utilizados para acosar, segregar, justificar la violencia o la privación del ejercicio de derechos y generan un ambiente de prejuicios e intolerancia que incentiva la discriminación, la hostilidad o los ataques violentos a ciertas personas o grupos de personas. En otras palabras, nuestro país ha optado en estos casos por ponderar al orden público por encima de la libertad de expresión.

De esta manera, la tradición jurídica Argentina ha estimado que los discursos de odio no gozan de la protección constitucional correspondiente a la libertad de expresión. En vista a esto, es que nos preguntamos ¿No constituye la negación una variante del discurso de odio en tanto incita a la hostilidad y, al menos de manera indirecta, a la violencia hacia un grupo determinado? Así, toda vez que se considere al negacionismo como una variante del discurso de odio, este podría ser criminalizado como tal y erigirse como un freno a la libertad de expresión tal.

Consideramos que la incitación a estos actos como límite a la libertad de expresión sería viable constitucionalmente, en tanto guardaría correlato con lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional.

⁷⁹ Recomendación núm. R (97) 20 aprobada el 30 de octubre de 1997 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

⁸⁰ Énfasis propio

⁸¹ Bertoni. E. A (2007). *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto (p.179)

⁸² Ejemplo de ello es lo establecido por la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD)

El Artículo 20.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos establece la obligatoriedad de establecer prohibiciones a los discursos de odio:

20. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que *constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley*⁸³.

En este mismo sentido, el artículo 19.3 b) de este Pacto reconoce que el ejercicio de la libertad de expresión podrá estar sujeto a restricciones necesarias para «*La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*⁸⁴»

No obstante, no hemos de desconocer que *a priori* resulta difícil imaginar que una única frase, declaración o publicación negacionista pueda perturbar al orden público en su totalidad, como tampoco lo haría arrojar un papel a la calle en relación con el cuidado del medioambiente. Ahora bien, ¿Y si esta expresión inicial fuera el detonante de una generalización de esta clase de discursos negacionistas en la sociedad que progresivamente alimentaran un odio hacia las víctimas y familias de los desaparecidos, que acabasen concretándose en un futuro próximo en acciones violentas ante ellos?⁸⁵ De esta manera, siempre que se reconozca al negacionismo como una incitación directa a la hostilidad y a la creación de un clima proclive a la violencia, conforme a lo dispuesto la doctrina y jurisprudencia internacional, podría considerársele como una suerte de incitación indirecta a la violencia.

En este sentido, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en declaración conjunta con su par de naciones unidas y Europa, reconoció que las expresiones que “*incitan o fomentan el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia son perniciosas y que los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o precedidos de esta forma de expresión*”⁸⁶.

Por lo cual, si se considera al negacionismo como una incitación directa que constituye la forma de un delito de peligro abstracto, en tanto *per se* no perturba el orden público, pero crea de forma mediata el clima necesario para que se gesten acciones violentas contra las

⁸³ Énfasis propio

⁸⁴ Énfasis propio

⁸⁵ Fernández, A. T (2015). El delito de negación del holocausto. Indret, 1-42

⁸⁶ Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001. Disponible en: <https://www.article19.org/docimages/951.htm>. Énfasis propio. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

víctimas de la dictadura y sus familiares que sí pueden trastocar seriamente el orden público, este podría ser sancionado. Prevenir dichas perturbaciones ha de ser un imperativo categórico para alejar toda posibilidad de la vuelta de acciones violentas propias de la peor etapa que nuestro país haya vivido, las cuales tal como señala Voltaire quedan aún latentes en nuestra sociedad: «No se diga que no quedan huellas del horrible fanatismo, de la intolerancia; quedan en todas partes, incluso en los países que pasan por más humanos⁸⁷» Por lo cual, entendemos que los discursos negacionistas han de ser detenidamente analizados a la luz de su ulterior peligrosidad.

Este argumento que legitima el castigo del negacionismo por su propensión a la generación de violencia ha sido aplicado en diferentes tradiciones jurídicas internacionales. El Tribunal Constitucional Español en el caso STC 112/2016 ha manifestado que esta proclividad es suficiente para la operatividad del nuevo precepto legal que criminaliza el negacionismo «Lo que se requiere es que tales manifestaciones de discurso del odio propicien o alienten, *aunque sea de manera indirecta*, una situación de riesgo, pero no que la creen de forma efectiva⁸⁸»

Este criterio fue también establecido por la Corte Suprema Estadounidense en el caso “Gitlow vs New York”⁸⁹ en el cual la Corte penalizó la publicación de un panfleto con ideas comunistas arguyendo: «Una sola chispa podría encender un fuego, que ardiendo por un tiempo, podría estallar en una destructiva conflagración⁹⁰» En el mismo sentido, la Corte ha receptado este estándar en el precedente “Beauharnais v. Illinois”⁹¹. En este caso la SCOTUS consideró que Illinois podía razonablemente condenar a una persona por la distribución de panfletos con fuertes mensajes racistas hacia la comunidad afroamericana debido a «las consecuencias perjudiciales que históricamente esta clase de discursos había tenido sobre la paz pública⁹²»

Lejos de ser una doctrina meramente internacional y ajena a nuestro ordenamiento, la misma se encuentra explícitamente receptada por nuestro texto constitucional mediante la incorporación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Bajo esta convención, nuestro país castiga penalmente todas aquellas difusiones de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial por su proclividad a la generación de actos violentos futuros, sin necesidad de que las mismas cuenten con el

⁸⁷ Voltaire (1763). *Tratado sobre la tolerancia*. Nantes, Francia: Austral

⁸⁸ FJ 4. Énfasis propio

⁸⁹ 268 US 652 (1925)

⁹⁰ “Gitlow”, cit p 669

⁹¹ 343 US 250 (1952)

⁹² Beauharnais. Cit p 258

elemento de incitación directa a la violencia y bastando con la mera difusión de ese tipo de contenidos para su criminalización.

Esta doctrina fue también vislumbrada por nuestra Corte Suprema en el precedente “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal⁹³” en la cual, negando la personería jurídica, la Corte impidió la participación en las elecciones a un partido político nazi debido a las ideologías y declaraciones discriminatorias expresadas previas a su solicitud de personería. Así, la Corte dispuso «Que, en tal marco jurídico de fuente internacional y su recepción constitucional y legislativa por parte del Estado argentino, debe éste velar (...) porque no se pueda legitimar como partido político a quienes incurren en apología del odio e, *indirectamente, incitan a la violencia*⁹⁴».

En conclusión, consideramos que habida cuenta del altísimo valor que la Constitución, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y nuestra jurisprudencia confieren a la eminente dignidad humana, y que la intención de estos discursos radica en causar un daño a este derecho, esta podría erigirse como argumento legal suficiente para justificar un proyecto que sancione los discursos negacionistas. Asimismo, estimamos que si se considera al negacionismo como una variante del discurso de odio que incita indirectamente a la violencia, la protección del orden público se erigiría como razón suficiente para justificar un proyecto criminalizador de este tipo.

Por lo cual, atendiendo al deber de reparación histórica del Estado frente a las víctimas, la magnitud de los derechos que se hallan en juego y la importancia de garantizar la protección de estos a una minoría desaventajada como lo son las víctimas y su comunidad, el Estado debería acoger una dimensión positiva con respecto a la salvaguardia de estos. De esta manera, entendemos necesario que sea el Estado el encargado de promover y proteger estos derechos frente al ataque de terceros para poder así reparar una situación de inequidad y dar fin a un sufrimiento incesante en las víctimas.

⁹³ Véase fallo de la CSJN del 17 de marzo de 2009

⁹⁴ Considerando de la mayoría 9; Énfasis propio

VI. Argumentos en contra

Este capítulo presentará de forma sistemática los principales argumentos de índole normativa, doctrinaria y jurisprudencial acerca de la constitucionalidad de un proyecto que sancione los discursos negacionistas. Todo ello, dentro del marco jurídico del derecho argentino.

La criminalización del negacionismo como intento de erradicar comportamientos expresivos que tocan las fibras más sensibles de las víctimas y sus familiares, guarda indudablemente buenas intenciones. Por lo cual, la restricción a la expresión de estos discursos es presentada en forma atractiva al lector, ya que difícilmente alguien pueda disentir en abstracto con el rechazo de este tipo de expresiones de odio, lo que genera que la tentación de silenciar estas voces sea enorme en la inmensa mayoría de la sociedad. Particularmente, consideramos despreciables estos discursos, toda vez que su único objetivo consiste en deslegitimar la gravedad de los peores crímenes de lesa humanidad que este país haya vivido.

Sin embargo el punto crítico de la cuestión y que debemos analizar con la mayor objetividad posible y desde una perspectiva jurídica, es el hecho de que de la criminalización del negacionismo supondría inevitablemente un cercenamiento a uno de nuestros derechos más fundamentales: la libertad de expresión. Este derecho se encuentra receptado en los arts. 1, 14, 19, 32 y 33 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19), entre otros.

La libertad de expresión es protegida por su valor intrínseco, pero especialmente por su valor instrumental para el desarrollo de los hombres y de la democracia. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión representa un derecho humano que se constituye como la «Piedra angular» de la existencia misma de una sociedad democrática⁹⁵. De esta manera, la pérdida de esta libertad pondría en peligro a todos los valores y principios imperantes en una sociedad democrática, consecuentemente este derecho deviene fundamental para el ejercicio de los demás derechos constitucionales. Por

⁹⁵ Corte IDH. (1985) “*La colegiación obligatoria de periodistas, artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, N.º 5 (párr. 70). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

ende, sin libertad de expresión no hay democracia plena, y sin democracia nuestra triste historia hemisférica nos ha demostrado que los resultados son trágicos⁹⁶.

Por lo cual, habida cuenta de su valor instrumental, la libertad de expresión debe ser entendida como el más «relativo» de los derechos y, parafraseando a Vélez Sarfield, como la más absoluta de las libertades⁹⁷. De esta manera, cualquier restricción que se imponga a ella debe estar vastamente fundada y ante cualquier vacilación en su operatividad, dada su entidad expuesta, debe aplicarse el principio de *in dubio pro libertatis*.

Ahora bien, a la hora de determinar la constitucionalidad de una potencial ley de este tipo, la interpretación debería comenzar por el texto constitucional. Sin embargo, ni la Constitución ni la Corte Suprema argentina han delineado con precisión los alcances de la tutela de la libertad de expresión frente a los discursos negacionistas, sembrando una indeterminación que persiste a la actualidad⁹⁸.

Esta indeterminación del sistema jurídico argentino podría ser parcialmente disminuida por la existencia de los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. Estos tratados contienen normas más específicas en materia de libertad de expresión, cuyo análisis resulta imprescindible a los fines de delimitar los alcances de dicha libertad frente a estos discursos⁹⁹.

Con todo esto en mente, esta sección se abocará a: 1) Hacer un análisis de la cuestión a la luz de los alcances las normativas internacionales de jerarquía constitucional. 2) Delimitar los alcances de la protección constitucional a la libertad de expresión de los discursos negacionistas a la luz de lo dispuesto por el derecho argentino.

a. Los tratados internacionales de derechos humanos y su aversión

Como hemos destacado en el capítulo V, los artículos 5,19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permiten establecer restricciones a la libertad de expresión y consecuentemente, abren la puerta para la criminalización de los discursos negacionistas. Esto guarda sustento con la influencia normativa que este tratado ha recibido de otras

⁹⁶Bertoni, A. y Rivera (h), J (2011). El Estado frente a la libertad de expresión Robert C. Post. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo

⁹⁷ Vanossi, J. R (2014)

⁹⁸ Rivera (h), J. C (2009)

⁹⁹ Ídem

normativas internacionales, en especial el Convenio Europeo de Derechos humanos y su artículo 10.2¹⁰⁰.

Sin embargo, nuestro país también recepta con jerarquía constitucional la Convención Americana de Derechos Humanos. Si bien esta convención también establece posibles restricciones a la libertad de expresión de los discursos de odio, a diferencia del PIDCP sitúa estándares mucho más altos para su validez. En este sentido, la Corte Interamericana ha dicho que las disposiciones sobre la libertad de expresión de la Convención son más “generosas” en lo que respecta a la protección de este derecho que sus contrapartidas del PIDCP (Art 19) y del convenio europeo, las cuales tienen disposiciones más “laxas”. Así, la Corte ha señalado que una comparación con estos instrumentos demuestra que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana «fueron diseñadas para ser las *más generosas y para reducir al mínimo las restricciones* a la libre circulación de las ideas»¹⁰¹

Esto puede verse apreciado a la luz de lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana, el cual dispone:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura *sino a responsabilidades ulteriores*, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁰⁰ Artículo 10.2: El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

¹⁰¹ Organización de los Estados Americanos. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2004* (Párr. 34); Énfasis propio. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202004.pdf>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que *constituyan incitaciones a la violencia* o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.¹⁰²

Este artículo denota que una ley que criminalice los discursos negacionistas no sería consecuente con las disposiciones de esta Convención.

Por un lado, si bien el inciso 5 obliga los estados parte a castigar las expresiones de odio, este artículo establece como requisito necesario para esto que los discursos de odio inciten a la violencia. De esta manera, este inciso establece una clara diferenciación con el artículo 20 del PICDP en tanto no permite restricciones a los discursos de odio sustentadas en su incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, sino que requiere del *elemento de incitación directa a la violencia*.¹⁰³ Esta diferenciación ha sido atribuida a la influencia estadounidense en la redacción de la Convención, en tanto este requisito de violencia adopta el criterio de inmediatez en la generación de un peligro claro e inminente como único justificativo válido para limitar los discursos de odio establecido por la SCOTUS en el caso “*Brandenburg v. Ohio*”¹⁰⁴.

Así las cosas, dado que los discursos negacionistas no suponen *per se* una incitación directa a la violencia que satisfaga este estándar, no podrían ser criminalizados bajo lo dispuesto por el artículo 13.5 de la Convención Americana. Por lo cual, la doctrina que pretende criminalizar estos discursos debido a su aptitud para la creación de un ambiente proclive a la violencia no sería un justificativo válido bajo los estándares de esta Convención.

Por otro lado, una ley que criminalice los discursos negacionistas tampoco podría ser justificada por lo dispuesto en el inciso 2. A diferencia de lo establecido por el artículo 19 del PICD, el cual expresamente *permite* a los estados signatarios establecer ciertas restricciones a la libertad de expresión sin necesidad de algún grado de incitación para proteger los derechos de terceros, la Convención *no permite* a los Estados signatarios la imposición de

¹⁰² Énfasis propio

¹⁰³ Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2004 (Párr. 46)

¹⁰⁴ Rivera (h), J. C (2009) (p. 173)

otras restricciones a la libertad de expresión en materia de expresiones de odio que no sean las previstas en su art 13 inc. 5¹⁰⁵.

Por lo cual, una ley de este tipo fundada en el inciso 2-y la idea de asegurar respeto a los derechos personalísimos- sería incompatible con lo dispuesto por esta Convención, ya que supondría imponer mayores restricciones a las expresiones de odio que las dispuestas expresamente por el art 13 inc. 5¹⁰⁶. De este modo, lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención Americana tampoco podría otorgar validez a una ley de este tipo, toda vez que el mismo habilita únicamente a responsabilidades ulteriores, las cuales a diferencia de las restricciones y acorde a lo dispuesto por la Comisión Interamericana han de satisfacerse con acciones del plano civil (acciones derecho de rectificación o respuesta, entre otros¹⁰⁷) y no con sanciones penales, ya que eso implicaría una desproporción en la sanción¹⁰⁸.

A continuación, analizaremos la constitucionalidad de las normas que castigan los discursos negacionistas a la luz de lo dispuesto por el derecho argentino.

b. Su imposibilidad material bajo el derecho constitucional argentino

Nuestra Constitución prescribe en materia de libertad de expresión en su artículo 14 que todas las personas tienen “el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Este artículo se complementa con lo dispuesto por el artículo 32, que dispone que “el congreso federal no dictara leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

Como puede observarse, el texto de la Constitución es difuso e indeterminado en este punto, por lo cual resulta difícil establecer los alcances de esta libertad con una mera interpretación literal de este artículo. Por lo cual, nuestra Constitución nos dice muy poco acerca de qué clase de ideas se encuentran tuteladas por la libertad de expresión¹⁰⁹. De esta manera, la delimitación de los alcances de la protección de los discursos negacionistas en el derecho argentino no puede sustentarse exclusivamente en lo dispuesto por nuestro texto

¹⁰⁵ Ídem (p.181)

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-5/85*.

¹⁰⁷ CIDH, *Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12042.pdf>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

¹⁰⁸ En este sentido ver sentencias de la Corte Interamericana: “Kimel Vs. Argentina”; “Herrera Ulloa v. Costa Rica”; “Ivcher Bronstein”; “Ricardo Canese vs. Paraguay”.

¹⁰⁹ Rivera (h), J. C (2009) (p 132)

constitucional y debe tener en cuenta los estándares de constitucionalidad delineados por nuestra Corte Suprema¹¹⁰.

Así las cosas, siendo que la normativa criminalizadora de los discursos negacionistas supondría una reglamentación a la difusión pública de ideas y opiniones en base a su contenido, incurriría en un ámbito sensible y por lo tanto pesaría sobre ella una presunción de inconstitucionalidad¹¹¹ que únicamente podría ser revertida mediante un test de escrutinio estricto (“*Stricto sensu*”)¹¹².

i. Test de constitucionalidad

En esta sección, haremos un análisis de constitucionalidad de las expresiones negacionistas aplicando las 3 categorías del escrutinio estricto: (I) Necesidad, (II) Proporcionalidad y (III) adecuación.

I) Test de necesidad

Como hemos dicho anteriormente, la carga de la prueba acerca de la validez constitucional de estas normas recaería sobre el Estado. Así, como primera medida el Estado debería demostrar que una reglamentación de este tipo promueve un interés estatal impostergable o insoslayable y no un fin meramente conveniente. En el caso de las expresiones negacionistas, el Estado debería argumentar que estas expresiones causan un daño tal que haría necesario que se establezcan restricciones a las mismas con motivo de una necesidad social imperiosa.

Ahora bien, en la medida que el Estado siempre argumentaría que existe un daño en la difusión de las expresiones negacionistas y que existe una tendencia natural de los legisladores a sobredimensionar el daño proveniente de estos discursos impopulares en la medida que la prohibición de estos discursos les aseguraría respaldo político de las mayorías y mantenerse en el poder¹¹³, nuestro análisis consistirá en poner en duda esto y así : a) En primer lugar, determinar si el daño proveniente de los discursos negacionistas podría o no justificar una restricción a la libertad de expresión. b) En segundo lugar, determinar si ese daño efectivamente existiría, es decir, si habría una relación de causalidad entre las expresiones negacionistas y el daño a los bienes jurídico posiblemente alegados por el Estado.

¹¹⁰ Idem (p.139)

¹¹¹ Idem

¹¹² Idem (p.154)

¹¹³Rivera (h), J. C (2009) (p. 135)

a) Por un lado, una de las justificaciones más utilizadas para la restricción a la libertad de expresión y la consecuente criminalización de los discursos negacionistas es el daño que estos generan al núcleo de los derechos personalísimos. En efecto, el derecho argentino ha dado lugar a la idea del daño al honor y/o dignidad como justificación válida para la restricción de ciertas expresiones¹¹⁴. Sin embargo, el alcance de esta excepción es acotado, en tanto el daño oficiará únicamente como justificativo válido para una restricción a la libertad de expresión en aquellos casos donde las expresiones sean dirigidas contra una persona determinada y excedan el interés público. De esta manera, las expresiones que lesionan sentimientos de un grupo forman parte de la libertad de expresión y gozan de la debida protección constitucional.

En consonancia con esto, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la libertad de expresión debe garantizarse también a aquellas ideas que “ofenden, resultan ingratas o perturban a cualquier sector de la población”¹¹⁵. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) se ha expresado en el mismo sentido y ha establecido que estos discursos son inevitablemente parte de la libertad de expresión, ya que una de las principales funciones de esta es inducir a la disputa y que el mejor modo de lograr esto es a través de aquellas ideas que “suscitan irritación en la gente”¹¹⁶. En palabras de Ronald Dworkin “La esencia de la libertad negativa es la libertad de ofender, y eso aplica tanto a lo vulgar como a lo heroico”¹¹⁷.

De esta manera, y dado que la esencia de los discursos negacionistas consiste en embestir contra un colectivo de personas determinado y sus vivencias históricas, resultaría problemático bajo los cánones del derecho argentino considerar que existe un daño a la reputación individual de cada una de las víctimas y familiares que justificase una restricción a la libertad de expresión de estos discursos. Por lo cual, al ser el universo de afectados un grupo muy numeroso, la ofensa se diluiría en este colectivo y nadie podría sentirse personalmente afectado en su honor.

En síntesis, si bien no desconocemos la existencia de un daño a la reputación de las víctimas de la última dictadura militar y sus familiares, este adquiere un carácter colectivo y no individual. Por lo cual, este daño no podría ser justificación válida para la criminalización de

¹¹⁴ El art 110 del código penal argentino castiga bajo el título de injurias a las expresiones que “deshonrasen o desacreditaren a otros”

¹¹⁵ Herrera Ulloa v. Costa Rica, cit 113

¹¹⁶ CSJN fallo “Amarilla, Juan H” voto de los jueces Petracchi y Bossert

¹¹⁷ Dworkin, R (23 de marzo de 2006). The right to ridicule. Recuperado el 24 de junio de 2020 de <https://www.cs.utexas.edu/~vl/notes/dworkin.html>

los discursos negacionistas y por lo tanto estos discursos deberían quedar protegidos bajo la órbita constitucional del derecho a la libre de expresión.

b) Por otro lado, otro de los argumentos más utilizados internacionalmente para justificar la criminalización de los discursos negacionistas es su aptitud para generar un clima proclive a la violencia contra las víctimas y sus familiares. Si bien prevenir la violencia es considerado en el derecho argentino uno de los justificativos válidos para establecer restricciones a la libertad de expresión¹¹⁸, es requisito necesario para justificar estas la demostración de la existencia de una relación de causalidad entre la expresión en cuestión y los actos concretos de violencia.

Así lo ha entendido la mayoría de la jurisprudencia de nuestro país, la cual siguiendo el estándar del caso “Brandenburg V. Ohio” ha establecido que únicamente se podrán permitir restricciones a discursos de odio que estén dirigidos y resulten suficientes para producir una acción de violencia inminente¹¹⁹. De esta manera, la jurisprudencia ha entendido que los discursos que no constituyen una exhortación directa a la comisión de actos de violencia no pueden ser considerados incitación y, por lo tanto, forman parte de la protección constitucional correspondiente a la libertad de expresión. Estas exigencias jurisprudenciales relativas a la precisión de conductas que pueden justificar una restricción a la libertad de expresión se ajustan al sumo valor que nuestra constitución confiere a libertad de expresión en su artículo 14.

En el caso de los discursos negacionistas, tal como hemos expuesto en el capítulo V sección b, no constituyen *per se* una incitación directa a la violencia, ya que no generan un peligro claro e inminente, sino más bien constituyen una incitación indirecta. Por lo cual, la conexión causal de estos discursos y la afectación al orden público como bien jurídico, sería cuanto menos débil justificar una potencial restricción a una garantía constitucional tan importante como la libertad de expresión. En síntesis, dado que los discursos negacionistas no incitan a la violencia y por ende no afectan el orden público, no existiría un interés estatal imperioso que justifique la inconstitucionalidad de estos discursos.

Por todo lo expuesto, consideramos el requisito de necesidad para la criminalización de los discursos negacionistas no se encontraría satisfecho a la luz del derecho argentino. No obstante esto, subsiguientemente analizaremos el requisito de proporcionalidad.

¹¹⁸ Entre ellas las dispuestas en los artículos 209, 211 y 212 del Código Penal

¹¹⁹ Véase en este sentido Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 8/7/1994, «Ortiz, Sergio; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 27/4/2006, «Bonafini, Hebe s/sobreseimiento

I) Test de proporcionalidad

En segundo lugar, para revertir esta presunción de inconstitucionalidad, el Estado debería demostrar que los beneficios que producirían las restricciones a los discursos negacionista alcanzarían para justificar los costos que se asumirían en materia de libertad de expresión. De esta manera, analizaremos si la restricción a estos discursos sería proporcional a los fines que la justificarían y si se ajustaría estrechamente al objeto. Para esto evaluaremos la importancia de las expresiones reguladas y los posibles efectos que podría tener una norma reglamentaria de este tipo en la ciudadanía.

A la hora de establecer los beneficios de las normativas criminalizadoras del negacionismo, se ha sostenido internacionalmente que las mismas transmiten una señal que permite efectivamente evitar la diseminación de estos discursos y consecuentemente enviar un mensaje tranquilizador a las víctimas mediante la desaprobación colectiva de estas ideas¹²⁰. En efecto, es conforme a esta lógica bajo la cual nuestro país ha receptado con jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹²¹.

Sin embargo, estos supuestos beneficios no guardan correlato con la realidad. En estudios realizados por las organizaciones no gubernamentales *Article 19* y *Human Rights Watch* se determinó que no existen pruebas concretas de que esta clase de leyes desalienten este tipo de discursos¹²². Esto puede verse reflejado en países donde pese a existir leyes que criminalizan expresamente el negacionismo, la escalada de movimientos políticos con ideas de esta índole pone en duda la efectividad de estas leyes: El Vox en España¹²³, el Partido Nacional Demócrata en Alemania¹²⁴ y el principal partido opositor en Francia¹²⁵, entre otros. En palabras de John Locke “Ningún hombre debe ser forzado a renunciar a su opinión (...)

¹²⁰ En este sentido véase el voto mayoritario de la Corte Suprema de Canadiense en el fallo “R v. Kegstra” (1990)

¹²¹ Rivera (h), J. C (2009) (p. 217)

¹²² Ambos estudios se encuentran disponibles en Coliver, S. (Ed.). (1992). *Striking a balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination*. Londres, Inglaterra: University of Essex

¹²³ Pardo, J (30 de enero de 2020). Vox no condena el holocausto y niega el exterminio nazi a los homosexuales. El plural. Recuperado el 1 de julio de 2020 de: https://www.elplural.com/autonomias/vox-no-condena-holocausto-niega-exterminio-nazi-homosexuales_232274102

¹²⁴ Schuetze, C. F (11 de septiembre de 2019). Un neonazi gana una alcaldía en Alemania. The new york times. Recuperado el 1 de julio de 2020 de: <https://www.nytimes.com/es/2019/09/11/espanol/mundo/alemania-politicos-nazismo.html>

¹²⁵ Le pen releva a su presidente interino por negacionismo del holocausto. (28 de abril de 2017). Huffingtonpost: Internacional

pues tal coacción no puede producir ningún efecto real en el propósito que ha sido fundada”¹²⁶.

Todo esto pone en jaque la efectiva existencia de beneficios que justifiquen una restricción de este tipo a la libertad de expresión y nos invita a replantearnos la adopción de otros mecanismos para hacer frente a estos discursos. En efecto, dado el contexto histórico y político bajo el cual se enmarcaría una normativa de este tipo, la misma echaría más leña al fuego sobre una cuestión que más bien debería sanarse.

En lo que respecta a los costos que podría generar una normativa criminalizadora de los discursos negacionistas se hallarían en juego una serie de riesgos a garantías constitucionales, más precisamente la libertad de expresión.

Por un lado, una restricción de este tipo supondría poner determinadas opiniones y puntos de vista sobre hechos históricos -por más despreciables que sean- fuera de la esfera del debate público. Esto desvirtuaría el derecho a la libertad de expresión, en tanto parte esencial de este derecho consiste en poder participar como ciudadanos en el proceso de formación de la opinión pública y de influir en el ambiente político de la sociedad¹²⁷.

De este modo, el Estado no solo estaría afectando la libertad de expresión sino que también estaría poniendo en riesgo la libertad de pensamiento. Independientemente de que el Estado generaría un debate público de “calidad”, amén de que desecharía ideas que tienen un alto componente de falsead, esto implicaría privar a la ciudadanía de conocer la totalidad de ideas que circulan sobre un hecho de interés público como es el caso. En última instancia, debe ser cada hombre y mujer de nuestra sociedad, quien teniendo la totalidad de ideas circulantes, determine la validez o invalidez de estas.

Por otro lado, el hecho de que el Estado impusiese una verdad histórica como la verdad legal y castigase penalmente a quienes disienten con ella, resultaría sumamente peligroso en tanto sería pasible de generar un efecto disuasivo (“Chilling effect”) sobre otras expresiones no alcanzadas por la restricción, pero si vinculadas a un tema de interés público como lo es lo sucedido en la última dictadura militar. Así, corriendo el riesgo de ser criminalizados por participar del debate público, la normativa se situaría como una *espada de Damocles* para la ciudadanía que se autocensuraría con respecto a cuestiones históricas que forman parte del interés general de la sociedad.

¹²⁶ Locke, J. (1666). *A letter concerning toleration*. En M. Goldie (Ed.), *A letter concerning toleration and other writings*. (PLL v6.0). Recuperado de http://files.libertyfund.org/files/2375/Locke_1560_EBk_v6.0.pdf (p. 32/33)

¹²⁷ Rivera (h), J. C (p.139)

De esta manera, si los ciudadanos corriesen el riesgo de ser criminalizados por participar del debate público, se estaría atentando ante la libertad de expresión en la medida que se estaría violando a una parte importante de este derecho como lo es el principio de la antiortodoxia. Este principio supone que una persona debe poder expresarse libremente sin miedo a que sus creencias sean consideradas contrarias a una verdad oficial establecida por el gobierno¹²⁸.

Por todo lo expuesto, consideramos que una normativa criminalizadora de los discursos negacionistas no promovería efectivamente beneficios que pudiesen justificar los altísimos costos que supondría para la libertad de expresión. Por lo tanto, siendo los eventuales costos mayores que los beneficios, entendemos que esta normativa no superaría el test de proporcionalidad.

Test de adecuación

Por último, el gobierno debería demostrar que los medios elegidos por la normativa criminalizadora de los discursos negacionistas serían los menos restrictivos del derecho a la libertad de expresión dentro de la gama de las opciones disponibles. La norma en análisis supondría la utilización como medio de la más draconiana de todas las sanciones: El castigo penal.

En una democracia, la tipificación de conductas y su aplicación debe constituir siempre el último de los recursos ("Ultimo ratio"). Este medio podrá adoptarse únicamente cuando se haya verificado que no existen otros medios menos lesivos restantes o bien cuando se haya demostrado que otros medios menos lesivos son ineficientes para sancionar lesiones de una determinada gravedad los bienes jurídicos de mayor jerarquía¹²⁹. Así, el Estado tiene a su alcance una gran cantidad de caminos por recorrer antes de recurrir al remedio penal¹³⁰.

Por todo esto, consideramos que este medio sería jurídicamente indebido y consiguientemente inadecuado. Esto en tanto, si al Estado lo que le interesase fuese promover los valores que sostiene en materia de derechos humanos y disipar aquellos que repudia, tendría a mano una batería de medios mucho más efectivos y mucho menos lesivos de la libertad de expresión¹³¹. Así las cosas, bien podría el Estado fijar planes de estudio en las escuelas en los cuales se enseñe con detalle la gravedad de lo acontecido en la última dictadura militar o incluso sería perfectamente legítimo que promoviese esta verdad a través

¹²⁹ Herrera Vs. Ulloa (16)

¹³⁰ Gargarella, R (2019). Carta abierta sobre la intolerancia. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI editores

¹³¹ ¿Debe ser delito la apología de los totalitarismos? (17 de febrero de 2020). El Pais: Política

políticas de memoria activa que incluyan el establecimiento de museos, monumentos, fechas recordatorias y homenajes, entre otros.

De esta manera, una normativa de este tipo no solo resultaría inadecuada sino que también implicaría repetir viejas formulas del pasado destinadas a silenciar a los disidentes. Parfraseando a Borges, en la lucha contra los caníbales todo está permitido, menos comerse a los caníbales. Por consiguiente, es deber imperativo de nuestra generación diferenciarnos de estas prácticas y no caer en la tentación de silenciar el discurso que odiamos.

Por todo lo expuesto, consideramos que una normativa que criminalice los discursos negacionistas no solo no configuraría la opción menos lesiva de la libertad de expresión, sino que resultaría la más restrictiva de este derecho, y por lo tanto no superaría de forma alguna el test de adecuación.



Universidad de
San Andrés

vii. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos podido apreciar que existen dos posibles caminos para resolver el interrogante planteado sobre la criminalización de los discursos negacionistas. Por un lado, el modelo del derecho continental que es proclive a su castigo, priorizando la dignidad de la persona humana y la paz pública y, por el otro, el modelo estadounidense que es reactivo a estas normativas debido a su afectación a la libertad de expresión. Es por ello por lo que, hallándose en juego garantías constitucionales de tanto peso (a lo que se suman sentimientos y visiones encontradas sobre la historia de cada pueblo), se constituye como un verdadero *nudo gordiano* del derecho. Pues, ciertamente el tema en cuestión, al igual que el nudo atado por el rey Gordio, presenta un alto grado de complejidad en su resolución.

Como hemos visto, tampoco asoma como una tarea sencilla en el derecho constitucional argentino desatar este nudo. Los tratados internacionales no permiten establecer cuál de los dos modelos, el continental o estadounidense, debe prevalecer a la hora de adoptar una solución. Por su parte, la Constitución Nacional, lejos de brindar una solución expresa, omite establecer pautas claras que permitan dar con la respuesta anhelada. En este escenario, al igual que Alejandro Magno lo hizo, la solución de este nudo requiere de un cambio en el marco de pensamiento y de un accionar tajante.

El aspecto central es que las –siempre– despreciables y falsas ideas vertidas de estos discursos en nuestro país no debe ser, en principio, la llave para su desprotección constitucional. Si bien desconocemos la capacidad de estas expresiones para generar daño en lo más profundo del corazón de muchos argentinos y lejos estamos de abonar las ideas que cuestionan el número de desaparecidos o la existencia del terrorismo de estado (considerándolo un mito), entendemos que el estado de derecho y nuestra democracia nos demandan apartar estos sentimientos a la hora de analizar la tutela constitucional de la libertad de expresión de estos discursos.

Con esto en mente, sin soslayar los sólidos fundamentos que dieron vida a las leyes europeas ni los derechos que pretenden amparar, se demostró a lo largo de esta tesis que, bajo el estándar jurídico del derecho argentino, no existen argumentos plausibles para considerar a los discursos negacionistas -realizados en el ámbito del discurso público y no dirigidos contra una persona específica- como susceptibles de incitar a la violencia clara e inminente y/o generar un daño. En este marco, entonces, entendemos que no hay justificaciones ni basamentos suficientes para ubicar a estos discursos fuera de la tutela constitucional que requiere el derecho a la libertad de expresión acorde a nuestra carta magna.

Así las cosas, estimamos que un proyecto sancionador de este tipo de discursos afectaría injustificadamente la libertad de expresión y devendría plenamente inconstitucional. Al igual que Alejandro Magno lo hiciera, si el objetivo del Estado argentino es encontrar una respuesta para este nudo gordiano, debe acudir a soluciones creativas que emerjan del pensamiento lateral y no caer en la tentación de silenciar a los disidentes mediante herramientas represivas, que tienen un mal pasado en la historia de nuestro país. A fin de cuentas, parafraseando al juez Brandeis, la luz del sol será siempre el más poderoso de todos los desinfectantes¹³².



¹³² Brandeis, L. B (1914) *Other People's Money, and how the Bankers use it*.

Bibliografía

Alcacer Guirao, R (2013). Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. *Revista española de derecho constitucional*, 97, 309-341.

Alcacer Guirao, R (2015). Víctimas y Disidentes en el «Discurso del Odio» En EE. UU y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 45-86

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales

Alonso Esquivel, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, 35, 3-44

Article 19. 2001. *Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos*. Disponible en: <https://www.article19.org/docimages/951.htm> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

Bartrop, P. R. y Totten, S. (2008). *Dictionary of Genocide: Volume 1*. Londres, Inglaterra: Greenwood Press.

Berger, R. J. (1995). *Fathoming the Holocaust: A Social Problems Approach*. Londres, Inglaterra: Aldine Transaction

Bertoni, E. A (2007). *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto

Bertoni, A. y Rivera (h), J. C (2011). *El Estado frente a la libertad de expresión Robert C. Post*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo

Bertoni, E. y Rivera(h), J. C (2012). The american Convention on Human Rights Regulation of Hate Speech and Similar Expression. En Herz, M. y Molnar, P (Ed.), *The content and context of hate speech. Rethinking regulation and responses* (pp. 499-513). Inglaterra: Cambridge University Press

Bilbao Ubillos, J.M (2008). La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipo penales contrarios a la libertad de expresión. *UNED revista de derecho político*, 71-72, 19-56.

Bloch, P. (2006). Response to professor Fronza's the punishment of negationism. *Vermont Law Review*, 30, 626-643

Boyle, K (2001). Hate speech- The United States Versus the Rest of the World? *Maine law review*, 53, 487-502.

Brandeis, L. B (1914) *Other People's Money, and how the Bankers use it*. Washington, EE. UU: CreateSpace Independent Publishing Platform

Brugger, W. (2002). Ban on or Protection of Hate speech? Some Observations Based on German and American Law. *Tulane European & Civil law forum*, 17, 1-21.

Carmi, G. E. (2008). Dignity versus Liberty: the two western cultures of free speech. *Boston University International Law Journal*, 26, 277-374.

Cátala i Bas, A. H. (2001). ¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión. *Cuadernos de derecho público*, 14, 131-187

Coliver, S. (Ed.). (1992). *Striking a balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination*. Londres, Inglaterra: University of Essex

Consejo de Europa. 1997. *Recomendación No. R (97) 20 sobre el discurso de odio*. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

Consejo de Europa, 2006. *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

Consejo de Europa. 2008. *Decisión marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI33178> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

Dworkin, R. (1977). *Taking Right Seriously*. Cambridge, EE. UU: Harvard University Press

Dworkin, R. (2012). Reply to Jeremy Waldron. En M. Hertz & P. Molnar (eds.), *The content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (pp 341-344). Cambridge, Inglaterra: *Cambridge University Press*

Elosegui Itxaso, M (2017). La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación N°15 de ECRI. *Uned revista de derecho político*, 98, 251-334.

Feierstein, D (2012). *Memorias y representaciones: sobre la elaboración del genocidio*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Fiss, O.M (1996) *The irony of hate speech*. Cambridge, EE. UU: Harvard University Press

Fronza, E. (2011). ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria. *UNED Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5, 97-144

Gargarella, R (2019). *Carta abierta sobre la intolerancia*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI editores

Garibian, S. (2011). El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho? *Nueva Doctrina Penal*, 2009/B, 523-537

Hare, I y Weinstein, J. (2009). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.

Kahn, R. A (2006). Cross-Burning, Holocaust Denial, and the development of Hate Speech Law in the United States and Germany. *University of Detroit Mercy law review*, 83, 163-194.

Kiibler, F. (1998). How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights. *Hofstra Law Review*, 27, 335-376.

Kommers, D.P. (1980) The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany. *Southern California Law Review*, 53, 657-695

Lasson, K. (2007). Defending Trust: Legal and Psychological Aspects of Holocaust Denial. *University of Baltimore Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2008-12

Lipstadt. D. E (1993). *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*. Nueva York, EE. UU: Penguin books

Lobba, P (2015). Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regimen. *The European Journal of International Law*, 26, 237-253.

Locke, J. (1666). *A letter concerning toleration*. En M. Goldie (Ed.), *A letter concerning toleration and other writings*. Indianápolis, EE. UU: Liberty Fund

Luther, J (2008). El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. *Revista de derecho constitucional europeo*, 9, 247-295.

- Margalit, A. (1997) *La sociedad decente*. Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica.
- Massaro, T. M (1991). Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma. *William & Mary Law Review*, 32, 211-265
- Mill, J. S. (1859). *On liberty*. Reino Unido: Batoche Books
- Miller, J. M (1997). The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith. *American University Law Review*, 46, 1483-1522
- Organización de los Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1985. *Opinión consultiva OC-5/85 La colegiación obligatoria de periodistas, artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).
- Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1995. *Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12042.pdf>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).
- Organización de los Estados Americanos. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*. 2004. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expreisiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>. (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).
- Pech, L. (2009). *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*. *Jean Monnet working paper*, 10,1-51.
- Post, C. R (1991). Racist Speech, Democracy, and the First Amendment. *William & Mary Law Review*, 32, 267-327
- Proyecto de ley N.º 8906-D-2016. Cámara de Diputados, Buenos Aires, Argentina, 10 de febrero de 2017.
- Proyecto de ley N.º 8910-D-2016. Cámara de Diputados, Buenos Aires, Argentina, 10 de febrero de 2017.
- Proyecto de ley N.º 0854-S-2017. Cámara de Senadores, Buenos Aires, Argentina, 28 de marzo de 2017.
- Proyecto de ley N.º 3473-D-2019. Cámara de Diputados, Buenos Aires, Argentina, 11 de julio de 2019.

Ranaletti, M. (2009). *Apuntes sobre el negacionismo en Argentina Uso político del pasado y reivindicación del terrorismo de Estado en la etapa post-1983. XII Jornadas Inter escuelas/Departamentos de Historia*. Universidad Nacional del Comahue.

Ravnani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Buenos Aires, Argentina: Jacobo Peuser

Rivera (h), J. C (2009). *La libertad de expresión y las expresiones de odio*. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot

Rivera(h), J. C. (2014) La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un estudio a partir de la concepción de libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss. *Revista jurídica de la Universidad de San Andrés*, 1, 93-137

Rollnert Liern, G. (2008). Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: Los límites de la libertad de expresión (A propósito de la STC 235/2007). *UNED Revista de Derecho Político*, 73, 103-146

Rosenfeld, M. (2003). Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. *Cardozo Law Review*, 24, no. 4, 1523-1568.

Rosenkrantz, C. (2005). En contra de los “prestamos” y de otros usos autoritativos del derecho extranjero. *Revista jurídica de la universidad de Palermo*, 1, 71-95

Rouso, H. (1991). *The Vichy Syndrome*. Cambridge, EE. UU: Harvard University Press

Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural. en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis.

Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI

Schauer, F. (2005). The exceptional first amendment. *John F. Kennedy school of government. Working paper series*, RWP05-021, 1-37

Sionaidh Douglas, S. (1999). The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 7, 305-346

Smith, R. W. (2010). Legislating against Genocide Denial: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech? *The University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, 7, 128-137

Teruel Lozano, G. M (2015). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal. *Indret* 4.2015.

Teruel Lozano, G. M. (2018). *Cuando las palabras generan odio: Límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 13-45

Thus, V. (2013). El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs derecho local. Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos. *Pensar en derecho*, 2, 81-121.

Tishler, G. (1988) When Academic Freedom and Freedom of Speech Confront Holocaust Denial and Group Libel: Comparative Perspectives. *Boston College Third World Law Journal*, 8, 65-90

Troper, M (2001) *Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución*. *Anuario De Derechos Humanos*. Nueva Época, 2, 957 – 984.

Turienzo Fernandez, A. (2015). El delito de negación del holocausto. *InDret*, 1/2015, 1-42

Vanossi, J. R (2014). La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho. *Pensamiento Constitucional* 19, 123-162

Voltaire (1763). *Tratado sobre la tolerancia*. Nantes, Francia: Austral

Waldron, J. (2009). *Dignity, Rank, and Rights*. *The Berkeley Tanner Lectures*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press

Waldron, J. (2010). Dignity and defamation: The visibility of hate. *Harvard Law Review*, 123,1596-1657

Waldron, J. (2012). *The harm in hate speech*. Cambridge, EE. UU: Harvard University Press

Walsh, R. J (1977). Carta abierta a la junta militar. Recuperado de: <https://www.cels.org.ar/common/documentos/CARTAABIERTARODOLFOWALSH.pdf> (Consultado por última vez el 31 de julio de 2020).

Jurisprudencia nacional

CSJN “*Campillay, Julio C. c/ La Razón, Crónica y Diario Popular*”. (1986)

CSJN “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho*”. (1992)

CSJN, “*Gorvein, Diego Rodolfo s/ querella p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H*”. (1998)

CSJN, “*Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal*” (2009)

CSJN, “*Canicoba Corral, Rodolfo Arístides c/ Acevedo, Sergio Edgardo y otros s/ daños y perjuicios*”. (2013)

CSJN, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”. (2014)

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Ortiz, Sergio” (1994)

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Bonafini, Hebe s/sobreseimiento” (2006)

Jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense

Gitlow vs New York 268 US 652 (1925)

Beauharnais v. Illinois 343 US 250 (1952)

Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969)

Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 US 323 (1974)

National Socialist Party of America v. Village of Skokie 432 U.S. 43 (1977)

Texas v. Johnson, 491 US 397 (1989)

R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

Jurisprudencia alemana

BGHST 40, 97, 15 de marzo de 1994

BVerfG, 1 BvR 23/94, 13 de abril de 1994

Jurisprudencia francesa

Cour d'appel de Paris, Garaudy v. France, 16 de diciembre de 1998

Jurisprudencia española

Tribunal Constitucional de España. Caso Violeta Friedman, STC 214/1991, 11 de noviembre de 1991.

Tribunal Constitucional de España. Caso Pedro Varela Geiss, STC 235/2007, 7 de noviembre de 2007

Tribunal Constitucional de España. Caso Tasio Erkizia Almandoz, STC 112/2016, 20 de junio de 2016

Jurisprudencia canadiense

R v. Keegstra, 3 S.C.R 697 [1990]

Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos

Comisión Europea de Derechos Humanos, *Remer v. Germany*, no. 25096/94, 6 de septiembre de 1995

Tribunal Europeo de derechos Humanos (TEDH). *Garaudy v. France*, No. 65831, 24 de junio de 2003.

Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Ivcher Bronstein vs. Peru*", 4 de septiembre de 2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*", 2 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Ricardo Canese vs. Paraguay*", 31 de agosto de 2004

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Kimel vs. Argentina*", 2 de mayo de 2008

Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Robert Faurisson v. France. Cmn. No. 550/1993, Comité de Derechos Humanos (1996)

Malcolm Ross v. Canadá. Cmn. No. 736/1997. Comité de Derechos Humanos (1997)