

# LOS RIESGOS DE PENALIZAR EL NEGACIONISMO\*

## Risk to Criminalize the Negationism

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO

Universidad de Granada

I. Está muy difundida la idea de que un fantasma político está recorriendo Europa en los últimos años, pero muy diferente del que vieron Marx y Engels en 1848: en las primeras décadas del siglo XXI se trata del populismo de extrema derecha que en sus bordes incluso reivindica solapadamente los regímenes fascistas. Igual de conocidas son las respuestas de los Estados democráticos: los que consideran que la libertad debe amparar incluso a los enemigos de la libertad, una respuesta típica de los países anglosajones, y los partidarios de una «democracia militante» que, con Alemania a la cabeza, persiguen jurídicamente a las ideologías totalitarias. Trasunto de este debate más general es la respuesta que debe dar el derecho a los que nieguen o justifiquen el Holocausto nazi u otros genocidios históricamente demostrados. ¿Debe prohibirse este tipo de alegatos? ¿Incluso punirse con penas de cárcel? O por el contrario ¿la libertad, en general, y la libertad científica, en particular, debe protegerlos?

Germán M. Teruel Lozano ha sabido captar la trascendencia de ese dilema desde el título mismo de su libro *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Una excelente tesis doctoral que recibió el premio Nicolás Pérez Serrano de 2014, dirigida por los profesores Garrorena Morales (uno de los maestros del derecho constitucional) y Peris Riera (un gran especialista en derecho penal). El libro aborda el asunto no solo desde la perspectiva estrictamente jurídica, que inevitablemente se desdobra en un aspecto constitucional y otro penal, sino atendiendo también a consideraciones históricas, éticas y políticas. Pero el autor no pretende —aunque lo haga— escribir un tratado exponiendo las distintas soluciones jurídicas que se dan en

---

\* Germán M. Teruel Lozano (2015). *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Prólogo de A. Garrorena Morales y Jaime M. Peris Riera. Madrid: CEPC.

el Mundo, con sus pros y sus contras, sino que tiene un objetivo muy concreto —según señala en la introducción— como es proponer una configuración del delito de negacionismo «compatible con la libertad de expresión». Y para mí que escribir un libro de seiscientas páginas con un objetivo tan concreto es un acierto completo porque cada vez creo más que los libros jurídicos deben tener una finalidad *uti valeat* y no quedarse en el cielo de los conceptos que tan irónicamente criticara Ihering, hace ya casi un siglo, cuando decía que escribir sobre derecho pasando por alto deliberadamente su utilidad práctica es «como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo». Otra cosa es que Teruel Lozano concluya su exhaustivo trabajo con una «propuesta política-criminal» (de *lege ferenda*, que decíamos los antiguos), radicalmente diferente: lo mejor sería que el derecho penal no tipificara el delito de negacionismo. Pero no adelantemos conclusiones y sigamos el hilo argumental de *La lucha del Derecho contra el negacionismo*.

II. El libro se estructura en siete capítulos agrupados en tres partes, que después de leer su contenido pueden emparejarse con la estructura de una sentencia: hechos probados (la existencia de autores negacionistas), fundamentos jurídicos (la regulación jurídica del delito de negacionismo) y el fallo (la forma de regular el tipo penal de manera compatible con la libertad y, como *desideratum*, la conveniencia de su destipificación). En la primera parte, titulada «La protección de la memoria ante el fenómeno negacionista», Teruel Lozano comienza por un encuadre histórico de la justicia de transición, que no es solo una manifestación del derecho positivo, sino también un remedio terapéutico contra traumas colectivos, lo que es un prólogo muy necesario para entender las reacciones que produce el negacionismo y las maneras de afrontarlo. Luego distingue entre «revisionismo», «revisionismo histórico», «negacionismo del Holocausto» y «negacionismo», para continuar después analizando con precisión de entomólogo todas las variables del negacionismo agrupados en precursores, divulgadores e investigadores.

Con claridad expositiva vemos pasar ante nuestros ojos las tesis de algunos negacionistas famosos como Roger Garaudy, que critica los «mitos» sobre los que se funda la política israelí; David Irving, condenado en Austria a un año de cárcel por trivializar, minimizar y negar el Holocausto y Paul Rassinier, miembro de la Resistencia y prisionero de los alemanes, considerado el «padre» del negacionismo. Pero también recoge las obras de otros muchos negacionistas no tan conocidos como Frederick Leutcher (que argumentó «técnicamente» la inexistencia de cámara de gas en Auschwitz), Maurice Bardèche (que exculpó a los nazi del inicio de la Segunda Guerra Mundial), Ernst Zündel, condenado en Canadá, Robert Faurisson, etc. Un catálogo verdaderamente exhaustivo donde no solo hay autores de ideología reaccionaria o filo

fascista, sino que también aparece un negacionismo «de izquierdas» y en el que no se aprecia ninguna ausencia relevante más allá de la de Marx Weber, actual director del Institute for Historical Review, posiblemente la institución más influyente de la constelación negacionista, como explica Teruel. De una forma u otra los negacionistas comparten el mismo método de trabajo: se trata de negar la veracidad de las muchas pruebas que existen sobre el genocidio nazi (desde las propias cámaras de gas hasta el diario de Anna Franz) para sustituirlas por una serie de falacias lógicas que no se contrastan con la realidad.

Con el mismo rigor, recoge Teruel Lozano las obras científicas que han salido al paso de esas mixtificaciones históricas, como Pierre Vidal-Naquet, con su demoledor *Los asesinos de la memoria*, Bernat Montesinos, Deborah Lipstads, Valentina Pisanty, etc. Y su recopilación no se detiene en los libros, sino que nos da una puntual cuenta tanto de las películas y documentales como las páginas webs dedicadas a contradecir a los negacionistas. La lucha contra estos ha llegado hasta las mismas instituciones, de tal forma que hay un buen número de resoluciones —escrupulosamente recogidas en el libro— de la ONU, la UNESCO, el Parlamento Europeo, etc.

La forma en la que los lectores leen y entienden los libros no siempre coincide con los del autor, como ya sabían los romanos: *habent sua fata libelli*. Por eso, lo que más me ha llamado la atención de esta primera parte ha sido un punto tratado muy sumariamente, porque no es un asunto relevante para el objetivo del libro, a pesar de que es el tema con el que comienza el capítulo primero, como es la conexión entre el sustrato cultural y el nazismo. Teruel Lozano abraza la tesis de que el Holocausto forma parte de la racionalidad técnica de nuestro tiempo; defendida, entre otros, por Zigmunt Bauman y, entre nosotros, por Jaime Vándor. Personalmente, no comparto esa opinión, no creo que la barbarie nazi, ni la soviética, ni ninguna otra del atroz siglo xx sean hijas espurias de la Ilustración y la Revolución francesa. Por mucho que usaran las técnicas de su tiempo —como por cierto hacen hoy los yihadistas— y por mucho que hubiera funcionarios sin conciencia que se limitaran a cumplir órdenes banalizando el mal, como demostró Hannah Arendt. Si así hubiera sido, esas aberraciones se habrían producido en todos los Estados y no en unos cuantos; es más los jefes nazis no se habrían tomado la molestia de envolver sus órdenes relativas a la «Solución final» con blandos eufemismos, como recoge el mismo Teruel. Por el contrario, creo que el nazismo tiene un sustrato que no es otro que la falta de una cultura y una historia liberal, que se puede concretar en la ausencia de un Parlamento democrático, como mal que bien habían tenido el Reino Unido y Francia. Como dice Martín Kriele en su *Introducción a la Teoría del Estado*, en los «cien años oscuros» (1849-1949) de Alemania se perdió el sentido de la dignidad humana basada en el derecho

natural y se cultivó la admiración al poder estatal lo que supuso «un enorme remolino que hundió la razón política y las instituciones racionales embrionarias». Algo de eso vieron dos excelentes corresponsales españoles en Berlín en el primer tercio del siglo XX: Manuel Chaves Nogales (citado por Teruel en su introducción), que escribió ¡en 1933! sobre el nexa de unión entre la «exterminación metódica» de los judíos en la Alemana nazi y el antijudaísmo de los Reyes Católicos en *Bajo el signo de la esvástica*; y Julio Camba, que en los años de la República de Weimar notó en *Alemania: impresiones de un español* que Alemania era un país sin verdadera tradición en común (la unificación se había producido en 1871) y con una sociedad «por civilizar».

III. La segunda parte de *La lucha del Derecho* está dedicada a exponer —o quizás sería mejor decir *disecionar* porque es sorprendente el detalle y la precisión con la que se hace— la regulación jurídica del negacionismo, yendo desde lo general a lo concreto, desde la regulación en el marco internacional a la represión penal del negacionismo en España, pasando por las principales democracias occidentales. La nota más llamativa del ámbito internacional consiste en la ausencia de una regulación expresa del negacionismo. Existen, eso sí, recomendaciones y declaraciones con valor político, especialmente de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI), pero ninguno de los dos grandes textos de la ONU sobre genocidio tipifican expresamente el negacionismo. Así, no está ni en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 1948 (que Teruel denomina «Convención» prefiriendo el término que se emplea en la ONU al usado en el BOE, tanto en su ratificación por España en 1969 como en los posteriores cambios de 1985 y 2009) ni en el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. Me atrevo a pensar que su ausencia se debe a que en esos años posteriores a la II Guerra Mundial apenas había escritos negando el Holocausto. El incremento de este tipo de publicaciones llevaría, ya en el siglo XXI, a que la CERI hiciera sus recomendaciones y a que se aprobara el primer texto internacional en el que se recoge el negacionismo (si bien en un medio limitado, como es el informático): el Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 2003.

En este mismo capítulo tercero se incluye a continuación el estudio detallado de la Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, una norma cuyas raíces se remontan nada menos que a 1977 cuando se aprobó una Declaración conjunta del Parlamento, del Consejo y de la Comisión en la que se mostraba la preocupación por las diferentes formas de racismo y se pedía a los Estados que penalizaran

el negacionismo. En 2001, la Comisión presentó una propuesta de DM que tardó nada menos que siete años en transformarse en un texto jurídico. Y ese lapso de tiempo tan amplio se debió a una muy laboriosa negociación que desembocó en un texto abierto que —en palabras de Teruel— «obliga más bien poco» a los Estados (p. 103), por lo que tiene más fuerza simbólica que jurídica; por mi parte, añado que aunque sea poca su fuerza normativa alguna debe de tener ya que de lo contrario parece completamente fuera de lugar que la Comisión Europea —según recoge el autor— anunciara en 2014 la apertura de procedimientos por infracción a los Estados que no hayan «traspuesto adecuadamente la Decisión marco» (p. 110). Sea poca o mucha su fuerza vinculante, lo que no queda duda es que Teruel Lozano la analiza brillantemente (incluso aclarando algunos pasajes confusos en español gracias al uso inteligente de los textos en otros idiomas) y que su conclusión, a pesar de todas las incondicionales que utiliza para formularla, es muy adecuada: la DM establece para los Estados miembros la obligación de incluir específicamente en sus legislaciones penales un delito de negacionismo, aunque sea en su forma cualificada.

Después de analizar la DM 2008/913/JAI, y en el mismo capítulo 3, trata Teruel Lozano las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y la doctrina de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Debo confesar que esta estructura del capítulo (marco jurídico internacional-marco de la Unión-decisiones ONU y del Consejo de Europa) no me convence pues para mí que no se debería de haber encajado aquí la DM, si quiera sea para resaltar la distinta naturaleza jurídica de la Unión Europea (UE) frente a la ONU y al Consejo de Europa. Me parece que su lugar lógico sería en el siguiente capítulo, bien en exclusivo para ella, bien como introducción al capítulo 4, donde se estudia la regulación que hacen los Estado miembros de la UE. Pero dicho esto, ninguna otra discrepancia tengo sobre el magnífico tratamiento que Teruel ofrece de la doctrina internacional sobre el negacionismo y su certero análisis crítico de la jurisprudencia del TEDH por su carácter vacilante, que hace muy difícil extraer unos estándares claros, lo que provoca cierta inseguridad jurídica. Análisis que, por lo demás, coincide con otros excelentes trabajos sobre el particular, como los realizados por Bilbao Ubillos y Catalá i Bas, oportunamente citados por el autor.

Debido a esas dudas del TEDH, es posible encontrar sentencias suyas en las que, solo tras un detallado análisis de los hechos, llega a la conclusión de que se trata de declaraciones protegidas (o no) por la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del CEDH, mientras que en otras falta ese análisis y se basa en la prohibición general de abuso de derecho del art. 17 de la CEDH para negar el amparo a los recurrentes. En especial, se aprecia lo que podríamos llamar un absoluto respaldo para las sanciones a los acusados de negar el

Holocausto, que el TEDH siempre considera un hecho histórico indubitado, mientras que no actúa de la misma forma cuando los recurrentes lo son por haber sido condenados por negar o minimizar otros crímenes masivos, como el genocidio armenio, sobre los cuales el TEDH sí admite el debate histórico.

El capítulo 4 está dedicado a la regulación jurídica del negacionismo en las principales democracias, comenzando por las europeas y, entre ellas, las tres pioneras de Alemania, Francia y Bélgica, que se estudian exhaustivamente, con un número de notas verdaderamente abrumador, en las que sin embargo extraña las pocas citas de autores de esos países. Teruel Lozano estudia tanto la legislación de esos tres Estados (así la ley alemana de 16 de diciembre de 2010 y la francesa de 13 de julio de 1990), como su aplicación en algunos casos concretos muy relevantes, como los juicios con condena del dirigente del NPD Günter Deckert, en Alemania y del predicador musulmán Abdel Rahman, en Bélgica. Quizás lo que más llama la atención de esta regulación sea los términos tan laxos en los que está redactada la Ley francesa —conocida como Ley Gayssot, por el apellido de su impulsor, un diputado comunista— que parte de la presunción de que toda negación o banalización del Holocausto es equivalente a un acto de incitación al odio racial, lo que ha dado lugar a que el Comité de Derechos Humanos de la ONU criticara en 1993 la «vaguedad» de esa redacción, si bien el TEDH la ha avalado en diferentes ocasiones, como en su Sentencia de 23 de septiembre de 1998 (Caso Lehideux) y su decisión de inadmisibilidad de 24 de junio de 2003 (Caso Garaudy). En la misma Francia la Ley es muy polémica, pero hasta el momento han fracasado varias propuestas de reformas para tipificar mejor los supuestos de negacionismo y de paso, incluir dentro de su tipo otros negacionismos, especialmente el armenio, con el que Francia se encuentra muy sensibilizada debido al medio millón de franceses que tienen origen en ese país caucásico.

Aunque no con el mismo detalle, pero no con menor precisión, Teruel pasa revista a todos los demás Estados de la UE, sin olvidar a los que no tienen tipificado de forma expresa el delito de negacionismo, de tal manera que solo puede ser perseguido en la medida en que pueda encajarse en otros tipos penales, como los países nórdicos, Grecia, el Reino Unido e Italia, al que el autor dedica especial atención, una decisión completamente comprensible tanto porque el libro tiene su origen en una tesis defendida en Bolonia, como para entender las razones que explican por qué un Estado que tiene una ley muy estricta contra el fascismo (la Legge Scelba de 1952) no ha regulado todavía específicamente el negacionismo, a pesar de los intentos por incriminarlo.

El final de este capítulo 4 es un repaso a la legislación de otros Estados, como Suiza, Israel, Estados Unidos (EE. UU.) y Canadá. Sin quedarse en la superficie, Teruel se va al fondo constitucional para entender la falta de regulación del negacionismo en EE. UU.: allí la base sobre la que se construye el

orden constitucional es la libertad de expresión, mientras que en Alemania se parte de la dignidad humana, de tal forma que en EE. UU. la respuesta contra la difusión de ideas racistas será «more speech» y solo muy excepcionalmente podrán sancionarse los *hate speeches*. Un razonamiento similar puede hacerse para Canadá, un Estado en el que además su Tribunal Supremo tuvo que estudiar expresamente en 1992 un caso de negacionismo (lo que todavía no ha tenido que hacer el americano), el Caso Zündel, que recoge Teruel en el único pasaje del libro que me ha parecido de exposición algo confusa. En esta Sentencia de 27 de agosto de 1992, el Tribunal Supremo canadiense anuló la sentencia condenatoria de Ernest Zündel por haber publicado en la década de los setenta un panfleto titulado *Did Six Million Really Die?* del británico Richard Verrall (ya previamente publicado en el Reino Unido y en los EE. UU.) al que le agregó un prólogo. En el libro se afirmaba, entre otros 84 hechos contrastados como falsos por diversos «historiadores ortodoxos», que realmente no hubo una política nazi de exterminio de los judíos. La base jurídica de su condena era el art. 181 del Código Penal canadiense que establecía el delito de publicación de noticias falsas, cuyas raíces —a decir del propio TSC— se remontaban al Statute of Westminster de 1275 y había sido usado raramente en los tiempos modernos. El Supremo sentenció que esa regulación era inconstitucional al establecer una limitación a la libertad de expresión garantizada en la *Canadian Charter of Rights* que no estaba justificada en una sociedad democrática libre porque la amplia tipificación y la pena de prisión que fijaba podía provocar un efecto disuasorio para la expresión de las opiniones de los ciudadanos.

El último capítulo de la segunda parte de *La lucha del Derecho contra el negacionismo* está dedicado a su represión penal en España, título que solo refleja parte del contenido de este ambicioso capítulo, que comienza con una excelente exposición del *status quaestionis* de las libertades de expresión y de información en nuestro país a la luz de la jurisprudencia y la doctrina. Libertades que se fundamentan en una concepción personalista, así como en el rechazo de la democracia militante, sin más límite que la aceptación de las reglas del juego democrático. Por eso, el Tribunal Constitucional (TC) ha considerado, *prima facie*, que el discurso racista está protegido por la libertad de expresión, si bien puede entrar en colisión con otros bienes, muy especialmente con el honor en relación con la dignidad humana, lo que lleva a considerar que el «lenguaje del odio» está proscrito constitucionalmente.

Tras este encuadre constitucional, la segunda parte de este capítulo 5 está dedicada al estudio de la represión penal del negacionismo, empezando por la exposición de los delito de apología del crimen (art. 18.1 CP), una provocación a la discriminación (art. 501.1 CP) y otras conductas próximas al negacionismo tradicionalmente castigadas en nuestro CP. En 1995 se incorporó

por vez primera el delito de negacionismo, que obtuvo muchas críticas doctrinales —minuciosamente recogidas por Teruel Lozano— y que dio lugar a una compleja sentencia del TC en el que declaraba parcialmente inconstitucional el art. 607.2 del CP y obligaba a una *interpretación conforme* del resto (STC 235/2007). La sentencia fue inmediatamente acogida con muchas críticas —empezando por cuatro votos particulares— y pocas alabanzas, extremos ambos que intenta evitar Teruel. Así, si por un lado considera que el TC se excedió «en el ejercicio de su función interpretativa» (p. 374) y debería de haber realizado un «escrupuloso juicio de proporcionalidad» (p. 381); por otro, también reconoce que es «adecuada la posición mantenida por el TC al incluir dentro de la delimitación *prima facie* de la libertad de expresión al discurso negacionista, no dejándose llevar por la tentación de seguir en este extremo al TEDH» (p. 386).

Para terminar el estudio de la regulación penal del negacionismo en España, nuestro autor disecciona la reciente reforma de los arts. 510 y 607.2 del CP realizada por la LO 1/2015 y su balance es desazonador: el legislador ni ha salvado los defectos de la legislación de 1995, ni ha tipificado suficientemente el negacionismo abriendo «las puertas a la arbitrariedad judicial y a la inseguridad en la aplicación» (p. 425).

IV. La parte tercera de su libro, la dedica Teruel a construir lo que él considera una correcta tipificación del negacionismo partiendo de que, a su juicio, no se puede equipar automáticamente el discurso negacionista con el discurso del odio, de tal forma que si no hay una incitación al odio el negacionismo, no debe penalizarse y sí incluirse bajo el manto protector de la libertad de expresión. Más todavía, Teruel considera que esa incitación al odio no puede ser genérica e indeterminada, sino que «debe crear una peligrosidad real e inminente para dar lugar a la comisión del delito o del hecho ilícito que se pretende evitar» (p. 460). Partiendo de esta base tan estricta, Teruel considera que tanto la DM como la regulaciones penales europeas tienen un «déficit de taxatividad» que debería de superarse con la inclusión de diferentes cláusulas que limiten el ámbito punitivo y solo incluyan lo que podríamos llamar expresiones extremas del negacionismo, especialmente cualificadas por atacar el honor y la dignidad humana —que serían el bien jurídico protegido— y siempre que se hagan con publicidad.

En el último capítulo del libro, «a modo de epílogo», Teruel Lozano expone las razones por las que considera inadecuado incriminar el negacionismo por mucho que sea un fenómeno execrable: la incorporación de ese delito no cubre ninguna laguna, pues los ordenamientos jurídicos ya tienen otras tipificaciones para las conductas auténticamente ofensivas para la dignidad humana, provoca serios conflictos con la libertad de opinión e incluso puede ser contraproducente al crear *mártires ideológicos*. En ayuda de estas tesis, Teruel

convoca tanto las opiniones de diversos grupos de historiadores que han firmado manifiestos contra la judicialización de la historia como la de brillantes pensadores como Stuart Mill e Ignacio de Otto. Y uno, que es de tendencia liberal y algo dado al debate y la controversia, no puede menos que simpatizar con estos razonamientos, que se simbolizan perfectamente en Noam Chomsky defendiendo la libertad de expresión del negacionista Robert Faurisson en 1979, en lo que podríamos llamar una modernización de la frase —apócrifamente atribuida a Voltaire— «no estoy de acuerdo con lo que dice, pero lucharé hasta la muerte por su derecho a decirlo». Claro que la frase de Voltaire se escribió en 1906 (lo hizo la británica Evelyn Beatrice Hall en *The Friends of Voltaire*), cuando todavía no se conocía el terrible uso que Hitler, Goebbels y los suyos harían de la libertad de expresión; por eso, tampoco está de más que en los códigos penales se tipifique correctamente —en la línea con lo propuesto por Teruel— los casos de negacionismo que claramente traspasen la frontera del debate histórico y caigan en el territorio del odio a los judíos y otros *grupos diana*.

