



# Negacionismo y libertad de expresión

## Autor

---

Matías Meza-Lopehandía G.  
Email:  
[mmezalopehandia@bcn.cl](mailto:mmezalopehandia@bcn.cl)  
Tel.: (56) 32 226 3965

## Comisión

---

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, en el marco de la discusión del "Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación a la violencia" (Boletín N° 11424-17)

N° SUP: 118707

## Resumen

---

El negacionismo es un fenómeno social y político que se ha desarrollado principalmente en Europa. Su origen está en la puesta en duda del genocidio nazi por parte de ciertos sectores sociales.

Frente a esto surgieron las leyes anti-negacionistas, que buscan castigar este tipo de expresiones. En algunos casos, la prohibición es relativa a la la negación, justificación y relativización de los crímenes nazi, y en otros, alcanza a todo crimen internacional. A partir de una Decisión Marco de la Unión Europea de 2008, la criminalización de ambos ha pasado a ser una obligación de sus países miembro.

Esta reacción supone un desafío para determinar en qué medida son legítimas estas restricciones a la libertad de expresión.

En el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que dichas limitaciones pueden estar justificadas cuando los actos o declaraciones negacionistas constituyan discursos racistas o de incitación a la violencia y a la discriminación.

En el sistema europeo de derechos humanos, la jurisprudencia es más amplia, y ha autorizado incluso el castigo penal de la trivialización del Holocausto. Ahora bien, en la última sentencia encontrada sobre la materia (2015), la Corte Europea de Derechos Humanos reafirmó la necesidad de revisar caso a caso, teniendo en cuenta el contexto histórico y geográfico, y sobre todo, distinguiendo si se trata de un puro discurso revisionista, o si este está asociado a discursos de odio.

## Introducción

---

En el marco de la discusión del "Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación a la violencia" (Boletín N° 11424-17) llevada a cabo ante la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de la Cámara de Diputados, fue presentada una indicación que busca incluir en el proyecto el castigo de la justificación, aprobación o negación de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante

la dictadura militar en Chile (1973-1990)<sup>1</sup>. La Presidencia de la Comisión solicitó a la BCN un informe que aborde la cuestión de la regulación jurídica internacional de negacionismo, y particularmente su relación con la libertad de expresión.

El presente trabajo es una adaptación y actualización del capítulo relativo a negacionismo contenido en el informe BCN titulado "Proyecto de Ley de Memoria Histórica: legislación extranjera y derecho internacional", elaborado por el mismo autor<sup>2</sup>.

## I. El origen del concepto de negacionismo

---

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, particularmente del holocausto judío<sup>3</sup>. El origen de esta orientación puede rastrearse hacia finales de la década de los años cuarenta del siglo XX, cuando el historiador francés Paul Rassiner, 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 indican<sup>4</sup>.

De acuerdo a Luther, se trataría de un fenómeno cultural político y jurídico que en lo medular niega “la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos de máxima injusticia y por tanto objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial de las responsabilidades que se derivan de ellos”<sup>5</sup>. Para Henry Rousso, quien acuñó originalmente el concepto, el negacionismo debe entenderse por oposición a la historiografía científica. Mientras el primero simplemente falsea eventos históricos, el segundo analiza y actualiza los hechos históricos a partir de la investigación científica<sup>6</sup>.

En las últimas décadas se ha generado una reacción jurídica contra este fenómeno, especialmente en Europa<sup>7</sup>, denominada *anti-negacionismo*, fundado en la estrecha relación que habría entre este último

---

<sup>1</sup> La indicación propone agregar en el el Libro II, Título III “DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS QUE AFECTAN LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN”, un nuevo párrafo 7 y un nuevo artículo 161-E, del siguiente tenor: “7. Del negacionismo y otros delitos contra la honra y dignidad de las personas. Artículo 161 E.- El que a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990 serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 40 a 60 unidades tributarias mensuales. La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado y las multas se impondrán en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, además de la suspensión de su cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena.” (información entregada por la Secretaría de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de la Cámara de Diputados).

<sup>2</sup> BCN, 2016.

<sup>3</sup> Thus, 2013.

<sup>4</sup> Thus, 2013; Totten y Bartrop, 2008.

<sup>5</sup> Luther, 2008.

<sup>6</sup> Bloch, 2005.

<sup>7</sup> En el ámbito universal, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) ha instado a los Estados miembros a rechazar “sin reservas cualquier negación del Holocausto como hecho histórico, en su totalidad o en parte, o cualesquiera actividad encaminada a tal fin” (AGNU, 2007: párr. 2.)

y el antisemitismo<sup>8</sup>. Se trata de un fenómeno enmarcado en las políticas de la memoria, vinculadas a procesos de justicia transicional, y expresadas normalmente en leyes de memoria.<sup>9</sup>

## 1. Antinegacionismo en Europa

Uno de los principales instrumentos que se ha utilizado con la finalidad de combatir el negacionismo ha sido la penalización de conductas asociadas a la exaltación, justificación, negación o minimización de ciertos tipos de crímenes. En este sentido, el Consejo de Europa, adoptó en 1996 una Acción Común contra el racismo y la xenofobia. En ella instó a los Estados a tipificar, entre otras conductas, la negación pública de los crímenes nazis, cuando dicha negación "incluya un comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico"<sup>10</sup>.

Posteriormente, en 2008, la Comisión Europea adoptó una Decisión Marco (DM) que derogó esta Acción Común, modificando tanto las formas de comisión, como el contenido de la conducta prohibida<sup>11</sup>. Así, se incluyó, además de la negación, la apología pública y la trivialización flagrante de los crímenes nazis, aunque se exigió que dichas conductas sean capaces de incitar a la violencia o al odio (no siendo suficiente el carácter despectivo o degradante de la expresión)<sup>12</sup>.

Además, la Decisión Marco incorporó en los mismos términos que los dichos respecto del genocidio nazi, una prohibición más genérica, que recae sobre "la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional", exigiendo también que pueda incitar al odio o la violencia<sup>13</sup>.

De esta manera, el anti-negacionismo se movió desde lo que puede denominarse como "negacionismo concreto" (relativo a un episodio histórico específico), hacia un "negacionismo genérico", esto es, uno referido a todos los discursos que nieguen determinados tipos de crímenes internacionales conforme a la definición de los mismos establecida en el derecho internacional<sup>14</sup>. Esto explica que se autorice que el castigo se limite a la negación o trivialización de dichos crímenes internacionales que hayan sido establecidos mediante una sentencia firme dictada por un tribunal nacional o internacional<sup>15</sup>. Cabe

<sup>8</sup> Bloch, 2005; Fronza, 2005; Thus, 2013. Como se verá más adelante, la cuestión del antisemitismo ocupó un lugar central en el razonamiento de varios jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su decisión del caso *Faurisson vs. Francia*.

<sup>9</sup> Belavusau, (2015).

<sup>10</sup> Título I letra A.c. (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 185/5).

<sup>11</sup> Algunos autores señalan esta decisión como un hito europeo en el paso de la "invitación a recordar" al "deber de recordar" (Belavusau, 2015).

<sup>12</sup> Art. 1.1.d Decisión Marco 2008/913/JAI (Diario Oficial de la Unión Europea, L 328/55). De acuerdo a lo señalado por la Comisión Europea (2014), lo que busca castigarse en esos casos es una forma de antisemitismo. En 2007, el Tribunal Constitucional Español se había pronunciado en el sentido de no castigar la pura transmisión de ideas, exigiendo el componente de incitación al odio o la violencia (Sentencia 235/2007 del 7 noviembre de 2007).

<sup>13</sup> Art. 1.1.c Decisión Marco 2008/913/JAI (Diario Oficial de la Unión Europea, L 328/55)

<sup>14</sup> En este sentido, el texto de la indicación que da origen a este informe se alinea con el modelo de anti-negacionismo concreto, pues está referido a "las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990".

<sup>15</sup> Art. 1.4 Decisión Marco 2008/913/JAI respectivamente (Diario Oficial de la Unión Europea, L 328/55)

tener presente que esto último no resulta aplicable a la apología que, de acuerdo a la DM, debe ser penalizada aun respecto de casos sin sentencia firme<sup>16</sup>.

Tanto en relación con el genocidio nazi como respecto de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, la Decisión admite que se castiguen solo las expresiones señaladas cuando puedan alterar el orden público o sean amenazadores, abusivas o insultantes<sup>17</sup>. En cuanto a la sanción penal, se exige que la pena máxima sea a lo menos de uno a tres años de prisión<sup>18</sup>. Además contempla la responsabilidad de las personas jurídicas, lo que podría implicar el castigo de organizaciones políticas<sup>19</sup>.

## 2. Trasposición a las legislaciones nacionales

De acuerdo a la Comisión Europea, hacia 2014, trece Estados miembro habían dictado normas de transposición, mientras que quince de ellos no lo habían hecho, aunque tres de estos últimos contarían con normas anteriores que permitirían perseguir la incitación al odio racial<sup>20</sup>.

Una de las primeras normas de este tipo, anterior a las directrices europeas, fue adoptada en el Código Penal Alemán en 1985<sup>21</sup>. Conforme a ésta, la negación o minimización de los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo el régimen nacionalsocialista, verificada de un modo que pueda perturbar la paz pública, está penada con privación de libertad de hasta cinco años o multa<sup>22</sup>. En un sentido similar, la Ley de Prohibición del Nacionalsocialismo austriaca de 1947 (modificada en 1992) castiga la negación, la minimización grosera, la aprobación y justificación de los crímenes de lesa humanidad perpetrados por los nazis, por medio de un medio de comunicación social u otra manera en que pueda llegar a un número significativo de personas<sup>23</sup>. La Ley N.º 90-615 de 1990, conocida como Ley Gayssot, sanciona en Francia la puesta en duda (*contesté*) en forma pública, de los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad perpetrados por las potencias del Eje durante la Segunda Guerra Mundial, ejecutados por personas u organizaciones declaradas culpables por tribunales nacionales o internacionales.

También la Ley belga del 23 de Marzo de 1995 (enmendada en 1999) castiga la negación, minimización, justificación o aprobación pública del genocidio perpetrado por los nazis, sea emitida en lugares públicos o abiertos al público, en documentos escritos, distribuidos a gran escala o simplemente dirigidos a algunas personas o expuestos al público<sup>24</sup>.

Un modelo distinto es el adoptado por legislaciones como la española, la portuguesa o la suiza, donde lo castigado es el negacionismo en general, esto es, la negativa o justificación de cualquier crimen de lesa humanidad. Así, por ejemplo, el Código Penal de España castigaba desde 1995 la difusión de ideas que negaren o justificasen el delito de genocidio, o pretendieran la rehabilitación de regímenes

<sup>16</sup> Comisión Europea, 2014:3

<sup>17</sup> Art.1.2 Decisión Marco 2008/913/JAI resepectivamente (Diario Oficial de la Unión Europea, L 328/55)

<sup>18</sup> Art. 3.2 Decisión Marco 2008/913/JAI (Diario Oficial de la Unión Europea, L 328/55)

<sup>19</sup> En este sentido, Belavusau (2015).

<sup>20</sup> Comisión Europea, 2014.

<sup>21</sup> Fronza, 2005.

<sup>22</sup> Sec. 130.3 StGB.

<sup>23</sup> Sec. 3h.

<sup>24</sup> FPS Chancellery of the Prime Minister (2012)

que los hubiesen amparado<sup>25</sup>. Ahora bien, tras una serie de modificaciones orientadas a ajustar el tipo a la jurisprudencia constitucional<sup>26</sup> y a la normativa comunitaria, el tipo actualmente vigente castiga la negación, minimización grave o enaltecimiento de crímenes de lesa humanidad o de guerra, siempre y cuando aquellos hubiesen sido cometidos por motivos racistas o discriminatorios, y con ello se busque promover un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las personas o grupos víctimas de aquellos delitos<sup>27</sup>. Por su parte, el Código Penal portugués, castiga la difamación o injuria, a través de medios de comunicación social o informáticos por motivos de raza color, etnia, entre otras categorías, en particular, al negar crímenes de guerra o de lesa humanidad<sup>28</sup>.

## II. Antinegacionismo y libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos

---

La penalización del *negacionismo* ha motivado críticas fundadas en una eventual restricción ilegítima de la libertad de expresión<sup>29</sup>.

Como es sabido, la libertad de expresión es un derecho protegido desde los orígenes del constitucionalismo liberal<sup>30</sup>, y está consagrada en los principales tratados internacionales de derechos humanos, aunque en todos los casos, está formulada de un modo que admite restricciones.

A continuación se examina el modo en que la cuestión del anti-negacionismo como límite a la libertad de expresión ha sido abordada en el sistema universal de derechos humanos y en el europeo. Cabe tener presente que Chile es parte únicamente del primero, sin perjuicio de que el sistema europeo pueda influir tanto en el desarrollo del sistema universal, como en el interamericano, ámbito este último, donde hasta la fecha no se ha abordado la cuestión<sup>31</sup>.

### 1. Sistema Universal de Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), tratado internacional vigente y ratificado por Chile, establece en su artículo 19 que la libertad de expresión puede ser sometida a limitaciones siempre que (i) estén establecidas por ley; (ii) sean necesarias para garantizar los derechos o la reputación de terceros; (iii) sean necesarias para la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. Además, el artículo 20 establece un mandato de prohibición legal de la apología del odio en tres hipótesis: cuando incite (i) a la discriminación contra ciertos grupos; (ii) a la creación de un ambiente hostil en su contra; y (iii) a la violencia<sup>32</sup>. Cabe tener presente que el vínculo

<sup>25</sup> Art. 607.2 Código Penal Español [texto original, publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996].

<sup>26</sup> Como se indicó en un nota anterior, en 2007, el Tribunal Constitucional español declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la frase "nieguen o", quedando penalizada únicamente la justificación de los delitos señalados. En 2010, la ley fue modificada en ese sentido, y en 2015 el tipo penal fue modificado íntegramente, siguiendo las exigencias de la Decisión Marco 2008/913/JAI y trasladado a la sección sobre delitos contra los derechos fundamentales (Preámbulo Ley Orgánica 1/2015: párr. XXVI).

<sup>27</sup> Art. 510.1 letra "c"

<sup>28</sup> Art. 240.2.d Código Penal portugués.

<sup>29</sup> Garibian, 2007; Lea, 2017; Lidsky, 2008.

<sup>30</sup> Ya en 1789, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la reconocía como derecho al tiempo que establecía la perturbación del orden público como límite al ejercicio de la libertad de conciencia, y que la libertad de expresión quedaba sujeta a la responsabilidad por su abuso (artículos 10 y 11).

<sup>31</sup> Sobre la interacción entre sistema europeo de derechos humanos y el interamericano, ver Caramillo, 2016.

<sup>32</sup> BCN, 2018.

entre restricción de la libertad de expresión y la incitación al odio ha sido utilizado para justificar las medidas *anti-negacionistas*, tanto en Decisión Marco de la Unión Europea, como en el sistema universal de derechos humanos, como se verá a continuación.

El Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés), es el organismo encargado de vigilar la observancia del PIDCP. Éste ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la mencionada Ley Gayssot, en el caso Faurisson contra Francia (1996), estableciendo de esta manera ciertos criterios sobre la compatibilidad de las leyes *anti-negacionistas* con el derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso, el CCPR evaluó la aplicación de la referida ley al historiador Robert Faurisson. Éste había sido condenado por afirmar en una entrevista publicada en una revista, entre otras cuestiones, que la utilización de las cámaras de gas en contra de la población judía durante el Tercer Reich era un mito, y se refirió a ellas como “mágicas”.

Faurisson acudió ante el Comité alegando que se violaba su derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 19 del Pacto<sup>33</sup>. El Comité desechó su alegato, señalando que había sido condenado por violar los derechos y la reputación de terceros (los sobrevivientes del holocausto y sus descendientes) y no por sus opiniones. De esta manera, el castigo sería admisible de conformidad al artículo 19.3 del PIDCP, pues este autoriza aquellas limitaciones a la libertad de expresión previstas en la ley, y que sean necesarias para “[a]segurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”. Cabe tener presente que el Comité remarcó que no estaba llamado a evaluar en abstracto la Ley Gayssot, sino que su aplicación en el caso concreto, y que otras circunstancias, bien podrían “conducir [...] a decisiones o medidas incompatibles con el Pacto”<sup>34</sup>.

Como se señaló, el PIDCP exige que las restricciones estén establecidas por ley, y que además, sean necesarias, en este caso, para garantizar el respeto de los derechos de terceros. El primer requisito estaba cumplido en el caso, pues lo que se cuestionaba era, precisamente, de la aplicación de una ley. La cuestión de la *necesidad* de restringir la libertad de expresión del señor Faurisson en el caso concreto, fue tratada en los votos razonados de los comisionados Evatt y Ketzmer, a la cual refirieron varios de los otros votos razonados. En ellos, los jueces señalaron que la negación del Holocausto era una expresión actual de racismo y antisemitismo, con lo cual la ley no sólo constituía una restricción necesaria para proteger los derechos de los sobrevivientes, sino también un modo de hacer afectiva la prohibición de incitación al odio contenida en el art. 20 del PIDCP.

Este razonamiento fue adoptado por el Comité en el posterior caso Ross contra Canadá. Ahí señaló:

---

<sup>33</sup> "Artículo 19.1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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. 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 demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

<sup>34</sup> CCPR, 1996:párr. 9.3.



Por ejemplo, como sostuvo en el caso *Faurisson c. Francia*, se pueden permitir restricciones de las declaraciones cuya naturaleza puede aumentar o fortalecer los sentimientos antisemitas, para salvaguardar el derecho de las comunidades judías a estar protegidas del odio religioso. Esas restricciones también se apoyan en los principios enunciados en el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto<sup>35</sup>.

Posteriormente, el Comité abordó la cuestión de la compatibilidad general de las leyes anti-negacionistas y la libertad de expresión en su Observación General N° 34<sup>36</sup>:

49. Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. *El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados*. No deben imponerse nunca restricciones al derecho a la libertad de opinión y, en cuanto a la libertad de expresión, las restricciones no deberían exceder de lo autorizado en el párrafo 3, o de lo prescrito en el artículo 20<sup>37</sup>.

Algunos autores han visto en esta observación general un cambio de postura del Comité en la materia<sup>38</sup>. Sin embargo, el documento sólo descarta la prohibición de expresiones erróneas sobre el pasado, y no la que pese sobre expresiones que constituyan apología del odio o incitación a la violencia, cuya prohibición es obligatoria conforme al artículo 20 de la PIDCP, ni aquellas que sean necesarias para proteger los derechos de terceros, o la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas, de conformidad al citado artículo 19.3, tal como lo señala el propio Comité en la misma observación general<sup>39</sup>.

## 2. Sistema Europeo de Derechos Humanos

Al igual que el PIDCP, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) reconoce el derecho a la libertad de expresión, pero admite más restricciones que las contempladas en el sistema universal: se trata de todas las restricciones necesarias “en una sociedad democrática”, para (i) la seguridad nacional, (ii) la integridad territorial o (iii) la seguridad pública, (iv) la defensa del orden y la prevención del delito, (v) la protección de la salud o de la moral, (vi) la protección de la reputación o de los

<sup>35</sup> CCPR, 2000:párr. 11.5.

<sup>36</sup> Ya con anterioridad, en sus observaciones finales al examen del quinto informe periódico presentado por Hungría, el CCPR (2010) había expresado su preocupación por “que la evolución de las denominadas ‘leyes de memoria histórica’ [...] pueda criminalizar toda una serie de opiniones sobre la historia del Estado parte después de la segunda guerra mundial (arts. 19 y 20)”. Cabe tener presente que, de acuerdo a información de prensa, en febrero de 2010, el Parlamento húngaro aprobó una modificación al Código Penal que castigó la negación, cuestionamiento y minimización del holocausto (AP, 2010). En junio del mismo año, la norma se modificó, incluyendo los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo el régimen comunista y agregando la justificación de los mismos como hecho punible (Makarova, 2010). Una versión en inglés del Código Penal está disponible en: <http://bcn.cl/1tvbk> (enero, 2016). Otros tres países del ex-bloque soviético se han sumado a la inclusión de los crímenes comunistas en sus legislaciones antinegacionistas (Cascione, 2016).

<sup>37</sup> CCPR, 2011 [citas internas omitidas; énfasis añadido]

<sup>38</sup> Cfr. Thus, 2011.

<sup>39</sup> CCPR, 2011:párrs. 50 y 52.

derechos ajenos, (vii) para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o (viii) para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial<sup>40</sup>.

En general, la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) ha hecho una interpretación estricta y restrictiva en la aplicación de estas limitaciones, considerando el rol fundamental que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática<sup>41</sup>. Ahora bien, en relación con la cuestión del negacionismo, ha aplicado un razonamiento similar al del CCPR<sup>42</sup>.

En el caso presentado por el filósofo francés Roger Garaudy, la Corte desechó *in limine* su denuncia, Garaudy alegaba la violación de su libertad de expresión, por la aplicación de la Ley Gaysot respecto de un libro de su autoría titulado “Los mitos fundacionales del Estado de Israel”. La Corte desechó el requerimiento por manifiestamente infundado, y señaló que el veredero propósito de la publicación, al impugnar hechos históricos como el Holocausto, era la rehabilitación del nacionalsocialismo, y acusar a las víctimas de falsear la historia. En este sentido, siguiendo la línea adoptada por el CCPR en *Ross contra Canadá*, dudar de la existencia del Holocausto sería una de las formas más severas de racismo y antisemitismo, por lo que su expresión no quedaría protegida por la Convención, al atentar directamente contra su propósito<sup>43</sup>.

Más recientemente, en el caso del humorista Dieudonné M'Bala M'Bala contra Francia (2015), la CtEDH señaló que el castigo de la negación del Holocausto, aun en un tono satírico y provocativo, estaba justificado, en tanto, dadas las circunstancias del caso, el show era una demostración de odio y anti-semitismo<sup>44</sup>.

El mismo año 2015, la CtEDH resolvió el caso *Perinçek contra Suiza*, referido a la negación del genocidio armenio de 1915 a manos de los turcos otomanos, cuya calificación jurídica como tal, sería objeto de disputa<sup>45</sup>.

En contraste los casos anteriores, en éste la Corte acogió la denuncia, dando protección a la libertad de expresión del denunciante, lo que para algunos autores, ha significado un vuelco jurisprudencial, tanto por la decisión misma como por el modo en que se alcanzó<sup>46</sup>, y para otros, incluso un retroceso<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> Art. 10.2 CEDH.

<sup>41</sup> Cascione, 2016.

<sup>42</sup> Belavusau (2015), menciona los casos *Hofer y Anney contra Alemania* (2011) y *PETA contra Alemania* (2012), como dos casos en que la Corte otorgó un amplio margen de apreciación al Estado para castigar la discursos que trivializan el genocidio nazi. Se trata de campañas de sensibilización de agrupaciones anti-abortistas y animalistas que usaron imágenes del holocausto para sensibilizar a la población, siendo penalmente castigadas. Más tarde, en el polémico caso *Perinçek contra Suiza* (2015), se refirió a la relevancia de la responsabilidad del Estado que castiga el discurso negacionismo en los crímenes negados, como se verá más adelante.

<sup>43</sup> ECHR, 2003.

<sup>44</sup> El show consistía en la premiación satírica del historiador negacionista Robert Faurisson, presente en la escena (ECHR, 2015).

<sup>45</sup> En relación a este caso, se sigue el análisis provisto por Cascione, 2016.

<sup>46</sup> Cascione, 2016.

<sup>47</sup> Gariban, 2016.



Para arribar a esta decisión, la Corte volvió a hacer una revisión del caso concreto, evitando una evaluación de las sanciones al negacionismo en abstracto. En este sentido, destacó que el denunciante no habían negado los hechos, sino que únicamente había refutado que estos calificaran como genocidio. Además tomó en consideración la distancia geográfica e histórica de los hechos, particularmente, que Suiza no tuvo una participación directa en aquellos, por lo que no estaría clara la necesidad del castigo.

Por otra parte, la Corte tomó en cuenta que los tribunales suizos habían calificado los hechos como genocidio a partir de declaraciones oficiales del gobierno, organismos internacionales y opiniones de expertos, y no conforme a una definición legal nacional o internacional, por lo que no quedaba claro si lo que se castigaba era negar un crimen internacional o cuestionar la visión predominante sobre el asunto en la sociedad suiza. Naturalmente, esta última cuestión estaría protegida por la garantía de la libertad de expresión.

Fundamental en la decisión fue la distinción entre la negación pura y la incitación al odio o la violencia, que de acuerdo al análisis de la Corte, no habría estado presente en este caso. Es más, la Corte afirmó que no existía una obligación internacional en orden a castigar la negación cuando esta no constituyera una forma de incitación al odio o a la discriminación<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> ECHR, 2015b: párr. 259.

## Bibliografía

---

- AGNU. (2007). Resolución aprobada por la Asamblea General el 26 de enero de 2007 [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.53 y Add.1)]. Negación del Holocausto. A/RES/61/255. Disponible en: <http://bcn.cl/287ar> (diciembre, 2018).
- AP. (2010). Hungary criminalises holocaust denial. *The Independent [en línea]*, 23/02/2010. Disponible en: <http://bcn.cl/1tvbj> (dicimembre , 2018).
- BCN. (2016). Proyecto de Ley de Memoria Histórica: legislación extranjera y derecho internacional. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G.
- (2018). Tipificación de la incitación a la violencia. Estándar internacional y tipo penal. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G.
- Belavusau, Uladzislau. (2015). 'Memory Laws and Freedom of Speech: Governance of History in European Law'. En: András Koltay (ed.). *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression*, Wolters Kluwer, 537-558.
- Bloch, Pascale. (2005). Response to Professor Fronza's The Punishment of Negationism. *Vermont Law Review*, 30: pp. 627-643.
- Caramillo , Laura. (2016). Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. *Prolegómenos*, 19(37), 67-84.
- Cascione, Claudia. (2016). Genocide denial and freedom of expression in the Perinçek Case: A European overruling or a new approach to negationism. *Questions of International Law*, 28, 5-18.
- CCPR. (1996). Faurisson c. Francia. Comunicación N° 550/1993: France. 16/12/96. CCPR/C/58/D/550/1993. (Jurisprudence). Disponible en: <http://bcn.cl/287gx> (diciembre, 2018).
- (2000). Malcolm Ross c. Canada, Comunicación No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997. Disponible en: <http://bcn.cl/1tv16> (diciembre, 2018).
- (2010). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Hungría. CCPR/C/HUN/CO/5. Disponible en: <http://bcn.cl/1tu5g> (diciembre, 2018).
- (2011). Observación General N.º 34. Disponible en: <http://bcn.cl/1tu4q> (diciembre, 2018).
- Comisión Europea. (2014). INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO sobre la aplicación de la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal /\* COM/2014/027 final \*/ . Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0027&from=EN> (diciembre, 2018).
- Curran, Vivian. (2011). History, Memory and Law. Roger Williams UL, 16: pp. 100-109.

- David, Lea. (2017). Against Standardization of Memory. *Human Rights Quarterly*, 39(2), 296-318.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas. (1996). Acción común de 15 de julio de 1996. Disponible en: <http://bcn.cl/1ttqo> (diciembre, 2015).
- Diario Oficial de la Unión Europea. (2008). DECISIÓN MARCO 2008/913/JAI DEL CONSEJO de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal L 328/55. Disponible en: <http://bcn.cl/2871g> (diciembre, 2018).
- ECHR. (2003). Inadmissibility decision in the case of Garaudy v. France [Press release]. Disponible en: <http://bcn.cl/1tv63> (diciembre, 2018)
- (2015). European Convention on Human Rights does not protect negationist and anti-Semitic performances [press release]. Disponible en: <http://bcn.cl/287s8> (diciembre, 2018).
- (2015b). CASE OF PERİNÇEK v. SWITZERLAND (Application no. 27510/08) 15 October 2015. Disponible en: <http://bcn.cl/287vl> (diciembre, 2018).
- FPS Chancellery of the Prime Minister. (2012). After de Holocaust. Recent Belgian initiatives. Disponible en: <http://bcn.cl/287av> (diciembre, 2018).
- Fronza, Emanuela. (2005). The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory. *Vermont Law Review*, 30, 609.
- Garibian, Sévane. (2007). Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the french law. *Cardozo J. Conflict Resol.*, 9, 479-488.
- (2016). On the Breaking of Consensus: the Perinçek Case, the Armenian Genocide and International Criminal Law. En Jan Willems, Hans Nelen y Roland Moerland. *Denialism and Human Rights*. Cambridge: Intersentia, 235-250. Disponible en: <http://bcn.cl/287si> (diciembre, 2018).
- Lidsky, Lyrisa B. (2008). Where's the Harm: Free Speech and the Regulation of Lies. *Wash. & Lee L. Rev.*, 65, 1091-1101.
- Luther, Jörg. (2008). El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. Traducido del italiano por Francisco Durán Ruiz. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 5(9): pp. 247-295. Disponible en línea: <http://bcn.cl/286yf> (diciembre, 2018).
- Makarova, Natalia. (2010), junio 10. Hungary equates Communism to Nazism. *RT*, 10/06/2010 [editado el 23/06/2010]. Disponible en: <http://bcn.cl/1tvbt> (diciembre, 2018).
- Thus, Valeria. (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 (2): pp. 81-121.
- Totten, Samuel y Paul R. Bartrop (2008). *Dictionary of Genocide: Volume 1: A-L*. Westport/London: Greenwood Press.

## Leyes

23 MARS 1995 [Bélgica]. Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale. Disponible en: <http://bcn.cl/287au> (diciembre, 2018).

Código Penal de 1982 (Portugal). Disponible en portugués en: <http://bcn.cl/1tuyg> (diciembre, 2018).

Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano. (1789). [Francia]. Disponible en: <http://bcn.cl/287ba> (diciembre, 2018).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (España) [con registro de modificaciones]. Disponible en: <http://bcn.cl/287aw> (diciembre, 2018).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible: <http://bcn.cl/287ay> (diciembre, 2018).

Ley de Prohibición del Nacionalsocialismo Austriaca de 1947. Disponible en alemán/inglés en: <http://bcn.cl/1tuu2> (diciembre, 2018).

Resolución 400/2011 (Argentina). Disponible en: <http://bcn.cl/287b1> (enero, 2016).

StGB. [Código Penal alemán]. Disponible en inglés en: <http://bcn.cl/12wnl> (enero, 2016).

---

## Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0  
(CC BY 3.0 CL)