

## NEGACIONISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: REFLEXIONES EN TORNO A LA CRIMINALIZACIÓN\*

VALERIA THUS\*\*

**Resumen:** La criminalización del negacionismo ha generado controversias, que incluyen responder a la pregunta si la libertad de expresión alcanza también a la determinación de cómo quiere relacionarse cada uno con el pasado. Desde el derecho penal liberal se sostiene que todas las personas tienen derecho a delinear su propio plan de vida y los terceros debemos tolerar estas expresiones aunque nos desagraden porque esta es la exigencia de las democracias consensuales. Este trabajo aborda críticamente estas afirmaciones, asumiendo dos estrategias: a) incorporar la perspectiva histórica de la libertad de expresión y la re significación de su contenido y límites que el paradigma de derechos humanos post Auschwitz instaura y b) abordar la relación entre libertad de expresión e igualdad como estrategia para paliar los daños y riesgos que las prácticas negacionistas conllevan, a la vez de ahondar en el rol del lenguaje en nuestras sociedades y de las negaciones de los crímenes de Estado, que nada tienen de inocentes. Tiempo y relación como elementos clave para (re) pensar la relación entre la libertad de expresión, las víctimas y los discursos negacionistas.

\* Recepción del original: 23/01/2019. Aceptación: 07/03/2019

\*\* Valeria Thus es doctora en Derecho Penal (2018) y magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2015)-UBA. Coordina el Programa "Justicia y Memoria" y el seminario "Los Estudiantes vamos a los Juicios" dependientes de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho. Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho. Profesionalmente se desempeña como Directora Gral. de Derechos Humanos del Rectorado de la UBA.

Agradezco a Iñaki Anitua, Iñaki Rivera Beiras e investigadores del OSPDH por la estancia de investigación en la Universidad de Barcelona que me permitió culminar la presente publicación. Asimismo agradezco especialmente a los alumnos del seminario "Negacionismo y Derechos Humanos" que dicto en el CPO de la Facultad de Derecho por el rico intercambio y sus lúcidas observaciones que permitieron robustecer este trabajo.

**Palabras clave:** negacionismo — libertad de expresión — democracia — derecho performativo — daño negacionista

**Abstract:** The criminalization of genocide denial has generated controversies, which includes answering whether freedom of expression reaches the determination of how each person wants to relate to the past. Liberal criminal law holds that people have the right to delineate their own life plan and these expressions should be tolerated although we dislike them as a requirement of consensual democracies. This work critically addresses these claims, assuming two strategies: a) incorporating the historical perspective of freedom of expression and resignification of its content and limits that the human rights paradigm post Auschwitz establishes and b) addressing the relationship between freedom of expression and equality as a strategy to mitigate the damages and risks that the negationist practices entail, at the same time to delve into the role of language in our societies and the denials of state crimes, which are not innocent at all. Time and relationship as key elements to (re) think about the relationship between freedom of expression, victims and denialist discourses.

**Keywords:** genocide denial — freedom of speech — democracy — performative law — denialist harm

## I. INTRODUCCIÓN

Luego de Auschwitz (pero también de los genocidios anteriores y posteriores, como los que se produjeron en Armenia, Camboya, Ruanda, Bosnia, Argentina y las restantes dictaduras del Cono Sur de América o Bangladesh, entre otros) que marcó el inicio paradigmático de los procesos de reproche penal para este tipo de crímenes y la etapa de mundialización de los derechos humanos, resulta difícil poner en tela de juicio el deber de memoria y de castigo frente a los responsables de los procesos genocidas.

Ahora bien, la punición de las prácticas negacionistas como modos de silenciamiento del crimen se presenta de manera más controvertida: ¿debería (y puede) un Estado exigir que las personas reconozcan un pasado particular?, ¿o la libertad de expresión alcanza también a la determinación de cómo quiere relacionarse cada uno con el pasado? O dicho de otro modo: cómo proteger la dignidad de las víctimas sin recurrir a métodos

autoritarios para luchar contra ideas peligrosas. Esto es la delgada línea de no convertirse en un censor nacional contra disidencias ideológicas.

Entonces, la primera respuesta (automática/sin reflexionar demasiado desde nuestro paraguas del derecho penal liberal) es que la punición del negacionismo atenta la libertad de expresión por cuanto todas las personas tienen derecho a delinear su propio plan de vida y los terceros debemos "tolerarlo"<sup>1</sup> aunque nos desagrade.

El objetivo que me trazo en el presente trabajo es complejizar estas afirmaciones que los juristas tomamos por válidas e intentar deconstruirlas (lo que dicen o mejor dicho lo que esconde el andamiaje liberal). No debiere soslayarse que, contrariamente a esta intuición liberal en la que nos movemos cómodamente los juristas, lo cierto es que la mayoría de los Estados europeos decidieron la represión de estas prácticas mediante la tipificación en sus respectivos ordenamientos penales.<sup>2</sup>

Esta apuesta exige, antes bien, liberar a los valores liberales de su "estratificación" o congelamiento temporal al ser entendidos como esquemas presentes de distribución racional de derechos (a lo Rawls) que se centran en la función límite y las obligaciones negativas estatales para pasar a tomar en consideración las sucesivas modificaciones de los Estados de Derecho que el paradigma de los derechos humanos, principalmente luego de la experiencia del nazismo, instaura, al incorporar obligaciones positivas estatales. El camino que aquí se propone, menos explorado, pero también

1. Uso el término "tolerar" a propósito para referirme al debate filosófico de la tolerancia y la hospitalidad, tan bien planteado por Derrida.

2. El delito de negacionismo surgió en una primera etapa, principalmente durante la década del 90 en el plano de los ordenamientos internos —entre otros, Alemania, Francia, Bélgica, España— y con posterioridad, a partir de la Decisión Marco del Consejo de Europa de 2008 antes analizada, el delito adquiere reconocimiento a nivel regional lo que motivó que otros países optaran por la incorporación del mencionado delito en sus ordenamientos jurídicos internos. Actualmente la mayoría de los Estados europeos prevén el delito de negacionismo: aunque existen algunas excepciones (Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Finlandia), entre otros: Alemania, España, Portugal, Suiza, Bélgica, Francia, Austria, Suecia, Luxemburgo, República Checa, Ucrania, Lituania, Polonia, Rumania, Liechtenstein, Malta, Eslovenia, Andorra, Hungría, Letonia, Croacia, Bulgaria, Chipre, Italia, Grecia. Fuera de Europa, además de Israel, lo prevén: Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica, Ruanda, Camboya. Para una lectura exhaustiva de la normativa penal en los diversos estados nacionales ver: FRONZA, "La protección penal de la memoria...", pp. 111-181 y FRONZA, "¿El delito de negacionismo? El instrumento...", pp. 97-144 y FRONZA, *El delito de negacionismo en Europa...*, pp. 61-94.

posible al interior del propio liberalismo, ahonda en el despliegue histórico de los derechos humanos, la contingencia de los Estados de Derecho, en el entramado de las relaciones sociales. Asumiendo dos estrategias centrales: a) incorporar la dimensión temporal y b) la dimensión de la relación (relación asimétrica con el otro). Tiempo y relación como elementos clave para (re) pensar la relación entre la libertad de expresión, las víctimas y los discursos negacionistas.

Lo que sigue justamente es la reflexión sobre el rol del lenguaje en nuestras sociedades, sobre la libertad de expresión, sobre sus contenidos axiológicos fundantes (liberalismo) y actuales (desde un enfoque epocal que nos permita recoger su dimensión relacional), sobre sus alcances y limitaciones en las sociedades comunicacionales que vivimos en la actualidad, para resignificar su relación con la igualdad como estrategia para paliar los daños y riesgos que las prácticas negacionistas conllevan y desde allí deconstruir los argumentos en contra de la punición.

## II. EL LENGUAJE COMO DENOMINACIÓN COMUNICACIONAL

### II.A. Los usos del lenguaje

*Si algo jamás es inocente es el lenguaje, en él y a través de él se perfila el mundo que deseamos habitar.* En el lenguaje y sus usos se juega mucho más que una cuestión de gustos: constituye el núcleo decisivo de la cultura. El habla nos une como sociedades, como pueblos y también puede enfrentarnos. Y es entonces en las encrucijadas críticas que el habla asume un valor del que no siempre nos damos plena cuenta. *A veces pensar los extremos como aquí lo hacemos nos permite clarificar lo rutinario.*

¿Cuál es el peso de las palabras? ¿Cuál es el rol del lenguaje en una sociedad comunicacional como la actual? ¿Cuáles son las consecuencias—incluso impensadas— del discurso a favor de la libertad de expresión irrestricta? ¿Qué esconden las palabras que se consideran autorizadas?

Todas estas preguntas se ponen en acción frente al negacionismo.

Por ello considero que un análisis serio del antinegacionismo jurídico y su relación con la garantía de la libertad de expresión exigen tomar en consideración la importancia del lenguaje en la sociedad actual, en nuestra cotidianeidad, en nuestro modo de ver la vida, de relacionarnos con la

realidad, de comprenderla y porque no de transformarla, que no es exclusivo del pensamiento posmoderno. Muy por el contrario, podemos encontrarlo también en el corazón de la crítica moderna ilustrada.

En este sentido, es interesante acudir al multidimensional e inagotable pensamiento de Benjamin, quien pudo ver con claridad el poder de la palabra y la relación entre violencia y lenguaje, refiriéndose al "lenguaje burgués" como "dominio", contraponiéndolo al "lenguaje divino", como aquí veremos. En este punto, debemos señalar que no es posible ahondar en su teoría del lenguaje sin adentrarnos en las huellas judías de su pensamiento. Benjamin quiere hacer universal una experiencia que él ha observado en esta tradición. Su judaísmo puede ser entendido entonces como un dispositivo hermenéutico a partir del cual le resulta posible desplegar una crítica radical de la modernidad.<sup>3</sup>

En su opinión, hay dos clases de lenguaje: uno cuyo objeto es el mundo y otro que carece de objeto. El primer tipo de lenguaje se dirige a la manipulación técnica del mundo cuya finalidad es la supervivencia. En el segundo tipo de lenguaje, que existe al comienzo y al fin de los tiempos, reside la libertad. La esencia de esta clase de lenguaje es el nombrar. Nombrando las cosas, nos dirigimos no a la cosa nombrada, sino al lenguaje como tal.

Contamos entonces con dos modalidades del lenguaje: a) el lenguaje nominativo y b) la concepción burguesa del lenguaje. El lenguaje nominativo lo encuentra en la Biblia, justamente en la facultad que Dios le otorgó a Adán de ponerles justo nombre a las creaturas, sin manipulación ni instrumentalidad.<sup>4</sup> A la correspondencia absoluta entre nombre y cosa se le agrega la idea que la escritura, la letra del texto sagrado, constituye el primer acto de la Creación. Es decir que la letra, como instrumento divino precede a la palabra y obviamente a la propia cosa. A partir del pecado de Adán y posteriormente con la pluralidad de lenguas que instala la experiencia de Babel, asistimos al comienzo de la pérdida del valor nominativo del

3. REYES MATE, *Memoria de Occidente. Actualidad de los pensadores judíos*.

4. En la misma línea, Scholem ha mostrado que en la cábala la escritura, la letra, precede a la palabra y constituye el acto creador mismo. También Borges se ha referido al pensamiento cabalístico: "[...] cuando pensamos en las palabras pensamos históricamente que las palabras fueron en un principio sonido y luego llegaron a ser letras. En cambio, en la Cábala se supone que las letras son anteriores; que las letras fueron los instrumentos de Dios, no las palabras significadas por estas. Es como si se pensara que la escritura, contra toda experiencia fue anterior a la dicción de las palabras". BORGES, "La cábala", p. 269.

lenguaje humano (recordemos que ese fue un don divino que solo le fue concedido al hombre). Y justamente en el pecado y el desafío babélico se origina el lenguaje de los hombres. Advierte Benjamin: "el pecado original es la hora de nacimiento de la palabra humana, en cuyo seno el nombre ya no habita indemne".<sup>5</sup>

Al perderse esta facultad nominativa del lenguaje humano, entramos en el reino de la comunicación en tanto obturación de la presencia de Dios en la palabra, que define el vínculo entre nombre y cosa. Lo que adviene, luego de la primera caída edénica y luego babélica, es el sentido comunicativo instrumental que precisamente esconde esa relación primigenia entre lenguaje y mundo. Dirá Benjamin:

"Se hace ya imposible alegar, de acuerdo con el enfoque burgués del lenguaje, que la palabra esta solo coincidentalmente relacionada con la cosa; que es signo, de alguna manera convenido, de las cosas o su conocimiento. El lenguaje no ofrece jamás meros signos [...] solo la palabra con la que fueron hechas las cosas permite al hombre el nombramiento de ellas".<sup>6</sup>

Encuentra de este modo su primera dupla de oposiciones, tan propia de su pensamiento: lengua nominativa vs. lengua burguesa o comunicacional (al igual que luego hará en las tensiones entre violencia divina y mítica, justicia y derecho).

La explotación o el dominio de las cosas por los hombres a través de la comunicación convencional o burguesa han nacido junto con la pérdida de la acción nominativa del lenguaje. A partir de ese giro lingüístico asociado a la caída, que se reedita en Babel, lo que supone la entronización de la comunicación burguesa, instrumental y representacional, la lengua, en tanto convención, se vuelve mecanismo de sometimiento.

Es importante señalar que la concepción benjaminiana del lenguaje nominativo supone un fundamento ahistórico, como contraposición al lenguaje histórico que es necesariamente el de la comunicación. Dentro de la historia, el lenguaje de los hombres no puede sustraerse a la lógica de la representación, que es la forma a través de lo cual el sujeto se hace señor del mundo. Sin embargo, cuando nos referimos al carácter ahistórico del

5. BENJAMIN, "Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos", p. 70.

6. BENJAMIN, "Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos", p. 68.

lenguaje benjaminiano no lo hacemos en el sentido que pueden haberle otorgado los pensadores del fin de la Historia, como Fukuyama; sino, por el contrario, en el sentido de "pasar el cepillo de la historia a contrapelo", una contrahistoria hecha de la memoria de todos aquellos que fueron efectivamente vencidos por las fuerzas dominantes.

Y aquí adquiere una significación especial la labor del "traductor" cuya misión es rescatar el lenguaje puro confinado en el idioma extranjero para el propio y liberar el lenguaje preso en la obra al nacer la adaptación. Es decir, desde la perspectiva que aquí se asume, la misión del traductor es redimir a la lengua de su brutal caída en la esfera de la comunicación burguesa. Y por ello es interesante rescatar el pensamiento benjaminiano, quien mucho antes de existir la sociedad comunicacional como la que vivimos hoy, pudo ver los peligros de la comunicación burguesa y encontró en la figura del traductor la posibilidad de redención del lenguaje.

Siguiendo a Benjamin, uno podrá decir entonces que la pelea por la nominación que encierra el negacionismo no es tanto la verdad del lenguaje (o el regreso al lenguaje puro —pre caída edénica y babélica—) que es siempre inaccesible por estar fuera de la historia, *sino la pelea por quién va a ser el traductor*. El lenguaje se nos presenta, entonces, como un escenario en el que los grupos pugnan por expresar sus experiencias y aspiraciones. El poder simbólico, dirá Bourdieu con razón, como poder de constituir lo dado por la enunciación, no se ejerce sino si él es *reconocido*, desconocido como arbitrario. Esto significa que el poder simbólico se define en y por una relación determinada entre los que ejercen el poder (de la palabra en este caso) y los que lo sufren, es decir la estructura misma del campo donde se produce y se reproduce la creencia.<sup>7</sup> Lo que hace el poder de las palabras es la creencia en la legitimidad de aquellas y de quien las pronuncia, creencia cuya producción no es competencia de las palabras. Por eso, la puja por el acceso a la nominación frente a los discursos negacionistas es tan importante.

La lucha por la criminalización del negacionismo es, desde esta perspectiva, la lucha por el acceso y la inscripción en la narrativa jurídica de dos sujetos colectivos en pugna por obtener reconocimiento en el contexto de la nación: por un lado, las víctimas y, por otro lado, los negacionistas. Es, nada más y nada menos, la confrontación entre partes que pretenden afirmar su existencia y su capacidad de influencia en la esfera pública y que reclaman reconocimiento y

7. BOURDIEU, *Intelectuales, política y poder*, p. 66.

legitimidad de su palabra y de sus demandas. Porque en definitiva lo que está en disputa es la apropiación política del pasado violento.

Uno de los riesgos es precisamente no lograr dimensionar acabadamente el peligro que puede conllevar el uso de este tipo de discursos en una sociedad tecnológica que ha olvidado la importancia de las revoluciones reales como instrumentos transformadores de la realidad social. Algo que además se ve agravado si tomamos en cuenta la circulación de la información mediante el uso de tecnologías.

En el informe elaborado por el Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso de febrero de 2011 en Viena, que analiza la situación europea hoy en día, justamente se hace referencia a la peligrosidad que conlleva en una sociedad global la circulación de la información.

En el mencionado informe se sostuvo:

“Europa se transforma en un gran laboratorio de múltiples experimentos tendientes, por un lado, a prevenir cualquier tendencia a la intolerancia y, por otro, al estudio de las causas para suprimirlas o, cuando menos, atenuarlas. [...] Por una parte, esos fenómenos —por los de odio— están ligados a genealogías de una humillación social que perdura a lo largo de varias generaciones y no desaparece hasta mucho después de que lo hagan las ofensas. [...] El fenómeno de la globalización, bien sea desde el punto de vista geográfico, por la inmigración, o virtual, por la Internet o los medios de comunicación, hace que se entrecrucen en una aparente sincronización unas genealogías históricas de humillación y unos equilibrios de fuerzas que se mueven en escalas y velocidades son muy diferentes y cuya importación cruzada resulta profundamente nociva”.

Vidal Naquet hace hincapié en esta idea de las genealogías históricas de humillación social a los sobrevivientes y familiares de los crímenes de Estado, que trascienden a la propia ofensa y que perduran en los medios de comunicación masiva y en las redes informáticas, reeditando la ofensa una y otra vez. Para el reconocido historiador es allí donde reside el peligro del negacionismo del siglo XXI:

“Acaso pueda verse mejor qué significa este método histórico; en nuestra sociedad de representación y de espectáculo es una tentativa de exterminio sobre el

papel, que releva el exterminio real. Se resucita a los muertos para herir mejor a los vivos. Eichmann recorría la Europa nazi para organizar el circuito de sus trenes. R. Faurisson no tiene a su disposición trenes, pero sí tiene documentos"<sup>8</sup>

La ingenuidad es un lujo que no podemos darnos porque lo que está en juego es revertir las consecuencias reorganizadoras de las prácticas sociales genocidas. Por ello es importante hacer un alto y mirar los modos de apropiación política que el poder hace de los acontecimientos genocidas a través de estos discursos negacionistas que se amparan bajo el paraguas del resguardo incuestionado a la libertad de expresión.

Resulta interesante considerar entonces la obra de Agamben, *El Reino y la Gloria*, donde analiza el rol de la opinión pública como dispositivo político de las democracias consensuales contemporáneas. En la obra analiza la relación oculta (en el sentido de no dicho) entre la oikonomía y la gloria, es decir, entre el poder como gobierno y gestión eficaz y el poder como majestuosidad ceremonial y litúrgica que constituye la estructura última de la máquina gubernamental de Occidente. En su investigación identifica en la Gloria el arcano central del poder e interroga el nexo indisoluble que lo liga al gobierno. Explica que la gloria toma el lugar de la inoperosidad del poder (vacío) y es esta vacuidad la que nutre y alimenta el poder.<sup>9</sup>

Ahora bien, una vez advertido el lugar central que tiene la Gloria en el dispositivo gubernamental desde siempre, analiza su continuidad en las sociedades democráticas actuales: en la forma de la opinión pública y el consenso.

Dice el autor:

"[...] Uno de los resultados de nuestra investigación ha sido que la función de las aclamaciones y la Gloria, en la forma moderna de la opinión pública y el consenso, está todavía en el centro de los dispositivos políticos de las democracias contemporáneas. Si los medios son tan importantes en las democracias modernas no se debe, en efecto, solo a que ellos permiten el control y el gobierno de la opinión pública, sino también y sobre todo a que administran y otorgan la Gloria, aquel aspecto aclamativo y doxológico de poder que en la modernidad parecía haber desaparecido. La sociedad del espectáculo —si llamamos con este

8. VIDAL NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, p. 45.

9. AGAMBEN, "El Reino y la Gloria. Una...", p. 423.

nombre a las democracias contemporáneas— es, desde este punto de vista, una sociedad en la que el poder en su aspecto “glorioso” se vuelve indiscernible de la oikonomia y del gobierno”.<sup>10</sup>

En las democracias contemporáneas, sostiene Agamben, la aclamación sobrevive —siguiendo a Schmitt—<sup>11</sup> en la esfera de la opinión pública y únicamente partiendo del nexo constitutivo pueblo—aclamación—opinión pública es posible restituir sus derechos al concepto de publicidad, hoy desdibujado pero esencial para la vida política y en particular para la democracia moderna. La esfera de la gloria no desaparece en las democracias modernas; sino que simplemente se desplaza hacia otro ámbito, el de la opinión pública y el consenso.

Si el filósofo italiano tiene razón y la gloria y el poder tienen esta íntima relación y la gloria de las civilizaciones antiguas y medievales, es decir, lo que denomina Liturgia no desaparece en las democracias actuales, sino que se oculta bajo la forma de la opinión pública y el consenso, lo que sigue es el debate de la función política de los medios de comunicación masiva en las sociedades contemporáneas, que adquiere un nuevo significado y sobre todo una nueva urgencia.

Resulta interesante recordar el diagnóstico de Debord quien en 1967 constataba la transformación a escala mundial de la política y economía capitalista en una acumulación de espectáculos en los que la mercancía y el capital asumen la forma mediática de la imagen. Si a ello le sumamos la posición de Agamben que define a la opinión pública como nueva forma doxológica del poder, verificamos una diseminación de la función de la gloria como centro del dispositivo político a escala global.

Dice Agamben:

“Lo que en una época estaba confinado a las esferas de la liturgia y los ceremoniales, se concentra en los medios masivos, y, a la vez, a través de ellos, se difun-

10. AGAMBEN, “El Reino y la Gloria. Una...”, p. 11.

11. En palabras de Schmitt: “[...] La opinión pública es la forma moderna de la aclamación. Ella es quizás, una forma difusa y su problema no está resuelto ni desde el punto de vista sociológico ni desde el punto de vista del derecho público. Pero su esencia y su significado político se encuentran precisamente en el hecho de que ella puede ser entendida como aclamación. No hay ninguna democracia y ningún Estado sin opinión pública, como no hay ningún Estado sin aclamación”. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 319-320, citado por AGAMBEN, “El Reino y la Gloria. Una...”, p. 444.

de y penetra a cada instante y en cada ámbito de la sociedad, tanto público como privado. La democracia contemporánea es una democracia basada integralmente en la gloria, es decir en la eficacia de la aclamación multiplicada y diseminada por los medios masivos más allá de toda imaginación (que el término griego para gloria —*doxa*— sea el mismo que designa hoy la opinión pública es, desde este punto de vista, algo más que una coincidencia)".<sup>12</sup>

Desde su perspectiva el rol —acaso desmesurado— que se le confiere al debate público en las democracias se debe a la circunstancia que la *opinión pública* constituye en la actualidad la nueva gramática política de la *gloria*, como aspecto doxológico e inseparable del poder. Si gloria y poder son indivisibles y forman la maquinaria política de Occidente, en sociedades antiguas bajo la forma de la "liturgia" y en la sociedad moderna bajo la forma de "opinión pública" —o consenso como forma moderna de la aclamación—, se entiende entonces el porqué de su defensa desmesurada bajo el paraguas protector de garantizar más y mejor democracia.

Nuevos ropajes para viejos aliados. Comenzamos ahora a entender mejor el sentido de las actuales definiciones de la democracia como gobierno por consentimiento o democracia consensual. Porque en definitiva lo que estaría detrás del cuestionamiento al rol de la opinión pública en las democracias consensuales es la pregunta por el modo de apropiación política que despliega el poder en la actualidad.

Circunstancia significativa cuando el principal argumento detractor de la punición al negacionismo lo constituye la defensa de la libertad de expresión en tanto rasgo constitutivo del "debate público", es decir la garantía a los ciudadanos de participación en la construcción colectiva de la democracia por imperio del autogobierno que exigen pluralismo de opiniones en asuntos de interés público para garantizar la mayor robustez democrática. Desentrañar el contenido político oculto de los argumentos y conceptos que repetimos sin pensar al tomar partido a favor o en contra de la punición del negacionismo, deviene esencial. Máxime cuando ponderamos el poder político de las palabras y la importancia de la nominación en la definición de la violencia del lenguaje.

12. AGAMBEN, "El Reino y la Gloria. Una...", p. 445.

## II.B. La función social de la libertad de expresión

Hemos sostenido la necesidad de abordar los principios liberales del estado de derecho —en el caso la libertad de expresión— actualizándolos conforme el cambio epocal y cargando de sentido su contenido material.

En esta perspectiva, la defensa de la libertad de expresión como derecho ilimitado debe ser puesta bajo revisión, no solo en su sentido normativo por cuanto tal restricción opera, para algunos supuestos específicos, tanto en el sistema universal, en el continental europeo y el sistema de protección interamericano, sino también en su dimensión valorativa a la luz de las obligaciones estatales de protección.

Así como la sociedad moderna produjo un nuevo sujeto social (ciudadano—burgués), también la sociedad actual mediatizada produjo una nueva ciudadanía y esta es la ciudadanía comunicacional que implica el reconocimiento de nuevos derechos y obviamente de nuevas obligaciones estatales en un constitucionalismo cultural del siglo XXI.

Nadie puede poner en duda que los medios de comunicación son hoy formadores de cultura. No solo se trata de la creación de realidad, sino de la propia creación de valores. Es a través de los medios de comunicación que se fabrican amigos y enemigos, simpatías y antipatías, estereotipos positivos y negativos, se condicionan nuestros gustos, valores estéticos, estilos, usos, conflictos y modos de resolverlos y aún más, se condicionan hasta los propios proyectos existenciales de la población. Para decirlo sencillo, los medios configuran nuestra cultura. Por eso deviene ineludible reflexionar sobre los alcances y límites que debe tener la libertad de expresión en el mundo tal como lo conocemos hoy.

Entiendo que el problema con el que solemos toparnos en el estudio de esta política pública por quienes consideran que esta conlleva una restricción *indebida* sobre la libertad de expresión, es que entienden a la libertad (de expresión) desde una mirada liberal conservadora que impone límites a la acción del Estado, que excluye la protección estatal. La libertad de expresión es concebida bajo esta óptica liberal tradicional como el derecho a la autonomía individual que impone sólo límites a la acción del Estado, esto es, la idea de una suerte de coraza protectora que excluye la actuación estatal. De este modo, se apela a un tratamiento unidireccional al tema de la libertad de expresión y no se toma en cuenta que, además de la restricción, este principio medular del estado de derecho contiene la implementación de obligaciones positivas de garantía y protección por parte del Estado.

En efecto, para algunos sectores que privilegian las definiciones omnicomprendivas y unidimensionales de la libertad de expresión (o de prensa), la actitud de los Estados debe basarse en garantías u obligaciones de abstención. Parten de la concepción más antigua del derecho a la libertad de prensa basada en la libertad opuesta a la Corona sobre fines del siglo XVII, por la que no solo el rey tenía voz pública. Así nace la libertad de prensa como garantía de no censura el ejercicio de tomar la palabra frente al trono por los nuevos actores sociales que puján por la adquisición del poder político.<sup>13</sup>

La idea de libertad negativa tuvo su origen como respuesta a las guerras civiles de religión de los siglos XVI y XVII y que aquella ha constituido la piedra angular del contractualismo moderno que ha definido, con sus matices, a la libertad como la ausencia de injerencia del poder político, lo que presuponía necesariamente la configuración del sujeto moderno, esto es el rescate de su individualismo bajo la fórmula de la *autonomía individual* (que incorpora la dimensión de autorrealización personal). La autonomía privada, que se basa en los derechos individuales y también sociales, da origen a un tipo específico de la libertad individual en las sociedades modernas. Externamente, los individuos ganaron el derecho, respetado y garantizado por el Estado, a estar a salvo de cualquier interferencia por parte de los actores estatales o de terceros. Internamente, a los sujetos se les concedió un ámbito en el que podían examinar su vida en total privacidad.

Para el liberalismo cada persona debe ser respetada y tratado como un igual, cualesquiera sean sus convicciones más íntimas. Es decir que cada individuo tiene el derecho a escoger su propio proyecto vital, aun cuando dicha elección implique adoptar una concepción del bien que todos los demás consideren equivocada. Desde Mill en adelante la visión dominante de la libertad de expresión considera básicamente dos cosas: la primera es que la verdad es algo que solo logramos conocer a través de la confrontación de ideas. La segunda es que esa confrontación debe realizarse al *margen de la intervención del Estado*.

La visión de la libertad negativa —modelo de mercado de ideas— comporta, *grosso modo*, la no interferencia en el ámbito individual y, por tanto, el aumento de la libertad se corresponde con la ausencia de barreras para su ejercicio. En palabras de Dworkin, significa no ser obstaculizado

13. ANSUATEGUI ROIG, "Notas sobre la evolución de teoría...", p. 12.

por otros en hacer lo que uno desee hacer.<sup>14</sup> El Estado, en este panorama, es considerado un peligro, el mayor peligro para los derechos burgueses.<sup>15</sup> Según esta visión, no es el papel del Estado prohibir ideas, aunque alguien las considere equivocadas, ni la expresión de estas porque el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado. La idea que subyace es que, por perniciosa que una idea pueda parecer, su corrección depende no de la conciencia de jueces ni legisladores sino de la competición con otras ideas.

Las asunciones implícitas de este modelo son: a) la verdad debe ser susceptible de ser descubierta, esto es cercana a un concepto objetivo más que a uno subjetivo; b) la asunción del mercado de las ideas enfatiza en que el poder de la racionalidad de los individuos puede separar la forma de la sustancia de las posiciones competitivas que se presentan.<sup>16</sup> Para decirlo más simple, cuando el Estado no interviene estamos frente al libre tráfico de ideas y este nos conducirá hacia la única versión disponible de la verdad.

Algo que debe ser recordado porque cuando se analizan los por qué defender la libertad de expresión irrestricta en las teorías justificatorias actuales, se recurre, entre otras teorías como se verá, al argumento del resguardo a la autonomía individual, siendo que, de este modo, estamos relinkeando en realidad al modelo del Estado liberal moderno.

Tal como sostiene Dworkin, al analizar la justificación liberal actual de la libertad de expresión, existen dos tipos de argumentos justificantes: a) los que la consideran importante instrumentalmente, es decir por los efectos que produce y b) un segundo tipo que supone que la libertad de expresión es valiosa no solo en virtud de las consecuencias que tiene, sino

14. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of...*

15. Se produce en este momento una asociación indisoluble entre libertad de expresión y libertad económica de prensa. Y desde esta perspectiva se ha sostenido que la batalla liberal por la libertad de prensa solo se ganó cuando apareció una auténtica prensa de empresa con graves intereses creados y condicionada por la batalla de mercado, victoria consumada cuando la libertad de expresión (en su vertiente libertad de prensa) ya no es un factor de cambio histórico sino de consolidación del Estado burgués, en el momento en que se convierte en un aparato ideológico del Estado burgués. (ANSUATEGUI ROIG, "Notas sobre la evolución de teoría liberal...", p. 14). En la misma línea, Peces-Barba considera que la peripecia histórica de los derechos fundamentales es el de la superación de la dicotomía existente entre unas primitivas declaraciones que reconocían la libertad para todos y unas regulaciones que solo reconocen la libertad para algunos. PECES-BARBA, "Derechos fundamentales", p. 18.

16. PEREZ DE LA FUENTE, "La libertad de expresión y el...", p. 95.

que es una característica esencial y constitutiva de una sociedad política justa donde el gobierno trata a todos sus miembros adultos como agentes morales responsables. Desde esta perspectiva el gobierno insulta a los ciudadanos y niega su responsabilidad moral, cuando decreta que no son confiables al escuchar opiniones que puedan persuadirles de convicciones peligrosas u ofensivas.<sup>17</sup>

Ahora bien, el sentido clásico de la libertad de expresión será superado por los modelos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial —modelo de democracia militante—: el concepto de libertad de información viene a sustituir el concepto de libertad de prensa, reflejando la necesaria evolución que demandaba la aparición de nuevos medios de comunicación, aunque la transformación operada es en realidad más profunda.

El nuevo contenido de la libertad se amplía; lo que trae como consecuencia que del individuo predominantemente emisor (derecho de expresión del pensamiento) se pase a considerar al individuo en la sociedad como predominantemente receptor (derecho a ser informado). La libertad de información tiene un nuevo destinatario —la colectividad— y cumple una función distinta: la formación de la opinión pública. Y es el reconocimiento específico de esta vertiente pasiva de la libertad de información el rasgo más destacable de la nueva concepción. La libertad de información no se suscribe solo a la libertad de difundir, sino que incluye también la libertad de recibir la información, vertiente pasiva que recogen expresamente las Declaraciones de Derechos, Convenciones internacionales y Constituciones que han aparecido en los últimos 50 años.

Tal como hemos señalado, el clima de posguerra trajo aparejado una interpretación de la libertad de expresión como libertad positiva de los individuos, utilizando la terminología de Berlin, en tanto asunción por parte del Estado de un rol activo para garantizar las posibilidades de realización

17. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of...*, p. 215. Los principios que están detrás de esta justificación intrínseca de la libertad de expresión tienen una clara inspiración en el liberalismo, especialmente en la versión que propuso Mill en su clásica *Sobre la libertad*. Considera que silenciar la expresión de una opinión es un mal que afecta a la humanidad por dos razones medulares: si la opinión es verdadera, se pierde la oportunidad de cambiar error por verdad; y, si es falsa, se pierde la percepción más clara y la impresión más vivida de la verdad producida por la colisión con el error. En sus propias palabras: “...nunca podemos estar seguros de que la opinión que nos esforzamos por sofocar sea una opinión falsa; y si estuviéramos seguros, sofocarla sería aun un mal”. MILL, *On liberty*, p. 77.

de los planes de vida de los individuos. La libertad positiva se presenta, entonces, como el poder de controlar o participar en las decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la libertad negativa. Frente a la justificación libertaria de la libertad de expresión que enfatiza la libertad negativa como no interferencia estatal (modelo constitucional norteamericano) existe una justificación republicana de la libertad positiva, que se basa en la teoría de la responsabilidad social de la prensa.<sup>18</sup>

El Estado ausente en el liberalismo es reemplazado en el modelo de la libertad positiva, por un Estado activo, la neutralidad liberal por un compromiso con una concepción del bien particular y la custodia de la privacidad es reemplazada —no sin críticas—<sup>19</sup> por el aliento a la virtud cívica. Un ejemplo paradigmático de este nuevo modelo de libertad que se presenta luego de la Segunda Guerra Mundial es Alemania, en donde la libertad de expresión no se configura como el valor constitucional más importante en su sistema jurídico. A partir de la Segunda Guerra Mundial, ha establecido una serie de valores públicos en su Constitución que son un compromiso activo para evitar errores del pasado, es decir lo que suele enrolarse en el sintagma *Nunca Más*. Esto supone que la dignidad humana sea considerada intangible y que la libertad de expresión se considere un derecho fundamental que se debe ponderar con otros derechos según las circunstancias del caso. Frente a la visión norteamericana de la neutralidad estatal de contenido, la perspectiva alemana de la libertad de expresión define una jurisprudencia según el punto de vista donde existen visiones que se consideran oficialmente prohibidas.<sup>20</sup>

Como vemos no existe un modo unívoco de entender la libertad de expresión hoy día, de analizar su contenido y alcances, a la vez de desentrañar sus aspectos más controversiales a la luz de la perspectiva histórica en donde el escenario que inaugura Auschwitz fuerza a repensar los contenidos liberales clásicos. Muy por el contrario, en la actualidad nos encontramos con múltiples teorías que conviven simultáneamente y abordan

18. ANSUATEGUI ROIG, “Notas sobre la evolución de la...”, pp. 9-22.

19. GARGARELLA formula una fuerte crítica a esta posición en tanto aquella pone en riesgo la autonomía individual y supone la adopción de políticas perfeccionistas. Ver especialmente: GARGARELLA, “El carácter igualitario del republicanismo”, pp. 175-189.

20. KROTOSZYNSKI, *A comparative perspective on the First Amendment...*, p. 1553. PEREZ DE LA FUENTE, “La libertad de expresión y el...”, p. 118.

la importancia y las razones del por qué defender la libertad de expresión como derecho humano.

## II.C. Los límites normativos de la libertad de expresión

Teniendo en consideración el "contenido" de aquel derecho y su relación con la democracia, voy a rescatar del profuso catálogo de teorías,<sup>21</sup> aquellas que son utilizadas mayoritariamente para fundar la crítica a la punición del negacionismo. El argumento de la participación del ciudadano en la democracia es la posición teórico más visitada al momento de criticar la punición. Se ha entendido que la razón de ser de la protección constitucional a la libertad de expresión, siguiendo la tradición norteamericana, radica en la garantía a los ciudadanos de entender los procesos políticos a fin de participar efectivamente en la construcción cotidiana de la democracia por imperio del *self government*. El propósito de la protección de la libertad de expresión es entonces la promoción del autogobierno o la autodeterminación colectiva.<sup>22</sup>

En los últimos años se ha alertado, sin embargo, acerca de la inconveniencia de estas teorías que no logran comprender acabadamente los nuevos sucesos comunicacionales y se demuestran incapaces para abordar las nuevas dimensiones de este principio, a la vez que no resultan satisfactorias en tanto olvidan las antiguas y originales raíces de la libertad.<sup>23</sup> Por ello, se ha llegado a sostener la legitimidad de la restricción del mencionado derecho en supuestos específicos, es decir, se ha trabajado sobre la dimensión del "contenido" de las expresiones, explorando diversos argumentos que asocian la dimensión social de la libertad de expresión con las obligaciones positivas del Estado. Desde esta perspectiva, si bien el propósito primario de la libertad de expresión es promover la deliberación democrática sobre asuntos de políticas públicas, la protección puede tener dos instancias: una más limitada vinculada con las cuestiones de deliberación de asuntos públicos y una más permeable a la regulación, como lo son los medios electrónicos, las campañas electorales, la pornografía o el discurso del odio.<sup>24</sup>

21. Para un análisis exhaustivo de las teorías y debates sobre por qué defender la libertad de expresión como derecho humano, ver: LORETI, *Derecho a comunicar; el conflicto en...*, 2014.

22. MEILEJOHN, *Free Speech and Its Relations to Self-Government*.

23. ZENO ZERCOVICH, *Freedom of Expression. A critical and comparative Analysis*.

24. SUNSTEIN, *Democracy and freedom of speech*, pp. 19-26.

De este modo se introduce la posibilidad de regulación (limitación) de la libertad de expresión en algunos supuestos concretos. Se ha pasado de una justificación basada en la autonomía de las personas y su autorrealización personal a enfoques más colectivos que importan resolver cuál debe ser el rol del Estado y quiénes son los destinatarios de la protección en materia de ejercicio de la libertad de expresión. Y desde esta perspectiva en la búsqueda del respeto a los derechos, incluidos los de libertad de expresión, las últimas concepciones no solo se caracterizan por la búsqueda de la libertad, sino por fomentar la igualdad como medio de proteger la libertad.

Este viraje hacia la igualdad, o mejor dicho a la *igualdad—relación*,<sup>25</sup> es la que permite, al mismo tiempo incluir a la libertad en una teoría de la igualdad porque la libertad es a su vez susceptible de definirse como una relación, y entender a la libertad de expresión, no exclusivamente en su faz de límite negativo, sino, por el contrario, como acción afirmativa. En esta línea se encuentra el aporte fundamental de Fiss, para quien el Estado limitado puede ser un instrumento para promover la libertad, *pero la persecución de objetivos igualitarios requiere un ejercicio fuerte del poder estatal, incluyendo aquel que restringe la libertad expresiva o de opinión, en supuestos concretos* como son la pornografía y las expresiones de odio.<sup>26</sup>

Existirían entonces buenas razones para justificar la acción del Estado, favoreciendo la discusión de ciertos temas o incluso su intervención coactiva en la libertad de expresión de algunos para permitir la de otros. Fiss plantea lúcidamente que, si bien resulte tentador ver las controversias contemporáneas sobre la libertad de expresión como una repetición de los problemas del pasado, en realidad hoy estamos siendo convocados, incluso obligados a reexaminar la naturaleza del Estado y a plantearnos si acaso debe jugar un papel preponderante en asegurar la libertad de expresión. El

25. Pensar en términos de relación, como afirma Rosanvallon, permite considerar positivamente las cosas y dar un horizonte realista al proyecto de una sociedad de iguales como figura democrática. Esto conduce a simplificar la idea de igualdad, remitiéndola a la manera de "estar con el otro", es decir, en una posición relativa, en una interacción, en un lazo de participación. La "igualdad relación" a partir de la utilización de la categorización de la igualdad como no sometimiento, permite al mismo tiempo incluir a la libertad en una teoría de la igualdad porque la libertad es a su vez susceptible de definirse como una relación, se la percibe bajo las formas de una autonomía relativa, de una reciprocidad necesaria. Cuando igualdad y libertad son comprendidas como *cualidades sociales*, como *relaciones*, tienden a superponerse. ROSANVALLON, *La sociedad de iguales*.

26. FISS, *Libertad de expresión y estructura social*, p. 213.

liberalismo actual, dirá Fiss, abarca una pluralidad de valores. Este se define tanto por sus compromisos tanto por la libertad como con la igualdad.

De esta manera, es posible que en este campo el Estado haya dejado de ser el enemigo contra el cual los liberales del siglo XIX buscaron blindar los derechos de las personas y se haya transformado en un amigo sin el cual el ejercicio de esos derechos —en este caso la libertad de expresión— se torne ilusorio.

El discurso del odio es regulado por el Estado con base en que estas expresiones denigran el valor de aquellos a quienes están dirigidas y de los grupos sociales a los que pertenecen. El peligro es que el mensaje haga imposible participar en la discusión de los asuntos públicos a grupos históricamente marginados. El discurso de odio tiende a disminuir el sentido de valor propio de sus víctimas, impidiendo de este modo su participación plena en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Provoca también que las víctimas se refugien en sí mismas. Cuando eventualmente hablan, sus palabras carecen de autoridad a tal grado que pareciera que no dicen nada. Incluso si la dinámica silenciadora es exclusivamente llevada a cabo por individuos desde la esfera privada existe de cualquier modo suficiente base para justificar la intervención del Estado.<sup>27</sup>

El mismo efecto silenciador ha sido atribuido al caso de la pornografía. Al reducir a la mujer a mero objeto sexual, la pornografía subordina y acalla a la mujer. De allí la necesidad de referirnos al enfoque del feminismo crítico en particular la posición más radical que encarna Mackinnon a favor de la regulación. El ataque del feminismo radical a la pornografía se sustenta, no sobre la base de razones religiosas o morales, sino porque reduce a las mujeres a meros objetos sexuales y erotiza su dominación. El reclamo es que la pornografía induce a la violencia contra las mujeres en formas que incluyen la violación y más aún, da lugar a un enajenante patrón de desventaja social, lo mismo en asuntos relacionados con la intimidad que con la esfera pública. Como ha sostenido Mackinnon respecto de la pornografía, en un análisis que luego hace extensible al racismo de los nazis y el Ku Klux Klan, el problema de estos últimos discursos es que, de ser exitosos, logran construir una realidad social que hace invisible el daño que provocan. Porque para la autora la pornografía *daña*.<sup>28</sup>

27. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, p. 23.

28. Sostiene: 1) la pornografía incrementa el número de violaciones y otros crímenes sexuales; 2) la pornografía silencia a la mujer porque se les hace más difícil hablar y menos probable que otros entiendan lo que dicen; 3) las mujeres que actúan en películas pornográficas

Aunado a ello considera que, al igual que Fiss, en términos de libertad de expresión, esto equivale a afirmar que la libertad de expresión de ciertos grupos silencia la de otros. La libertad negativa de aquellos que defienden la pornografía entra en conflicto no solamente con la igualdad de sexos, sino también con la propia libertad positiva, porque la pornografía conduce a un sometimiento de las mujeres. Obviamente la pornografía no prohíbe votar a las mujeres, dirá Mackinnon, pero crea un clima en el cual las mujeres no tienen el menor poder político ni la menor autoridad ya que son subestimadas e incomprendidas por ser desvalorizadas. Comprendida de esta forma la pornografía niega la libertad positiva de las mujeres. Niega su derecho a ser dueñas de modelar su imagen en la vida social y política a partir de los fantasmas masculinos. Pero el argumento central de la posición de Mackinnon lo constituye la afectación a la igualdad. Si, como entiende la autora, la pornografía ayuda a que se incrementen las desigualdades de las mujeres, entonces esta debe ser prohibida sobre la base de la cláusula de igual protección.

En las antípodas de este pensamiento nos encontramos con Dworkin, para quien ante todo debe respetarse la libertad. En su opinión, si creemos vivir en una sociedad liberal comprometida con la responsabilidad moral individual, entonces cualquier censura sobre el fundamento del contenido es incompatible con la idea de que existe tal compromiso en nuestra sociedad. En sus propios términos: "si debemos elegir entre libertad e igualdad ... si los valores constitucionales realmente están en un curso de colisión deberíamos elegir la libertad porque la alternativa sería el despotismo de la policía de pensamiento...".<sup>29</sup>

En efecto, en el clásico debate Dworkin—Mackinnon se evidencia la tensión entre libertad e igualdad. En sentido opuesto a Mackinnon, Dworkin considera que no se puede lograr la igualdad si antes no hubo libertad y ya refiriéndose al tema puntual de la regulación de la pornografía, sostiene que, si bien aquella es desagradable, o más aún, es un insulto tanto para las mujeres como para los hombres, no resulta posible considerar sin destruir el principio según el cual la forma de expresión que rechazamos tiene dere-

ficas sufren subordinación sexual real y directa; 4) como la pornografía tiene que ver con fantasías masturbatorias y estas, con erecciones provocadas por las imágenes entonces no se trata del derecho a expresión sino de algo más. Estas posiciones han sido fuertemente criticadas por Dworkin quien afirma que las conclusiones a las que arriba Mackinnon no tienen un correlato empírico.

29. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of...*, p. 236.

cho a la misma protección que las otras, que se trata de una razón suficiente para prohibirla. Afirma que "la esencia de la libertad negativa es la libertad de provocar: vale tanto para el hombre inmoral como para el héroe".<sup>30</sup>

Ahora bien, todo el análisis desarrollado con relación a la apelación a la ley en el supuesto de pornografía que trae el debate feminista tiene por objeto el rescatar, entre sus múltiples argumentos, aquel que hace hincapié en la desigualdad que genera, a la vez del daño que provoca, y desde allí poner en crisis a la libertad de expresión.

### III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DAÑO NEGACIONISTA

En el caso que nos ocupa, el argumento de la invisibilidad del daño y el silenciamiento de los grupos se presenta particularmente atractivo en los supuestos de las prácticas negacionistas, en tanto justamente receptan la perspectiva teórica aquí asumida que, si bien reconoce los límites al Estado y sus obligaciones negativas, pero concibe a la libertad de expresión como un derecho social y pone su mirada en la afectación que las palabras tienen sobre las víctimas de crímenes de Estado.

El Estado tiene entonces el deber de actuar, regular, intervenir a fin de transformar las condiciones estructurales que silencian sistemáticamente a ciertos sectores de la población, sobre todo aquellos que han padecido su capacidad intrínsecamente genocida.

Como bien señala Fiss lo que hace el principio de autonomía es crear una fuerte presunción en contra de la intervención del Estado en la expresión de la opinión. Pero bajo el principio del debate público desde el enfoque estructural no existe tal presunción contra el Estado. Al Estado le es permitido, alentado e incluso se le exige que tome medidas para el debate público. Aun cuando esa acción implica una interferencia con la expresión de opiniones de algunos y, por lo tanto, una negación de su autonomía.

Esto precisamente es lo que ocurre con el delito de negacionismo. Frente a la emergencia de un nuevo racismo, de la ocurrencia de nuevos genocidios, la estrategia pasa por tornar impronunciable aquellas palabras que niegan la ocurrencia de estos atroces sucesos. La negación de la autonomía individual (del negacionista) no se presenta significativa desde la perspectiva "relacional"

30. DWORKIN, "Libertad y pornografía", p. 173.

entre igualdad y libertad, por cuanto aquellas son comprendidas como cualidades *sociales*, donde lo individual pierde importancia o es desplazado por la noción de relación, tal como se advierte en la igualdad sociológica de grupos.<sup>31</sup>

Por eso, debemos ser conscientes de que, en muchos casos, cuando sometemos a un debate abierto, plural y razonable las expresiones racistas o aquellas que niegan las prácticas genocidas, ello puede implicar la aceptación acrítica de las condiciones brutales a través de las cuales, bajo el andamiaje liberal moderno, se manifiesta la dominación comunicacional.

Está claro que los discursos negacionistas (o del odio en sentido amplio) no constituyen una realidad configurada al alero de internet. Hemos visto que su origen se da inmediatamente después a la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Como en otros casos, no es un problema nuevo, sino que se trata de un problema agudizado por las nuevas tecnologías de la información. Esto, sin embargo, no es algo menor, como sostiene Biegel:

“La amplia diseminación de las expresiones de odio en el ciberespacio no tiene precedentes en su alcance y podría estar teniendo un efecto destructivo en nuestra cultura de formas subterráneas que aún no son completamente advertidas. De hecho, algunos comentaristas han sugerido que la creciente falta de civismo

31. Para la concepción de igualdad como no sometimiento es inadmisibles que se constituyan en la sociedad grupos que de hecho o de derecho gocen de menos derechos que el resto de las personas o que sufren su afectación por el hecho de pertenecer a esos grupos. Aquello demanda la obligación estatal de dismantelar esas situaciones de sometimiento al punto de generar la obligación de realizar distinciones fundadas, dando lugar a las denominadas acciones afirmativas. Si una sociedad se encuentra tolerando una situación de exclusión, segregación o sometimiento de un grupo, existe una obligación constitucional del Estado en virtud de su compromiso con la igualdad ante la ley —como no sometimiento— de dismantelar esa situación. Esta modalidad, sin desconocer la relevancia del estándar de razonabilidad para justificar el trato diferente, es sensible a las condiciones de hecho en las que operan e incorpora el dato del contexto social en la comprensión de lo que la norma demanda. De acuerdo con la perspectiva de la igualdad estructural resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta concepción se apoya en la idea que el derecho no puede ser completamente “ciego” a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas. La concepción de la igualdad como no sometimiento o el concepto sociológico de igualdad han sido abordados como respuesta crítica a la concepción individualista de la igualdad por autores como Owen Fiss, Robert Post, Catherine Mackinnon, entre otros. Ver especialmente: SABA, “(Des)Igualdad Estructural”, pp. 137-172.

puede ser explicada, al menos en parte, por el impacto de los discursos en línea "menos que civiles" (*less than civil*) en la sociedad en su conjunto".<sup>32</sup>

En general, internet no añade problemas a nuestra existencia, sino que profundiza algunos de aquellos con los que ya convivíamos. Con todo, en el caso de los discursos negacionistas, un problema agudizado podría ser bastante peor que un nuevo problema.

En este punto se presentan como acertadas las reflexiones de Fiss sobre el estado actual de los usos y abusos de la libertad de expresión:

"[...] ver las controversias actuales sobre la libertad de expresión como una mera repetición del pasado es equivocado. Algo mucho más profundo y de mayor relevancia está sucediendo. Se nos está invitando —de hecho, se nos está obligando— a reconsiderar la naturaleza del Estado moderno y a examinar si este debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales. Los debates del pasado asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era el Estado al que había que poner límites. Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad... Este punto de vista —inquietante para algunos— descansa en una serie de premisas. Una de ellas se refiere al impacto de las concentraciones privadas de poder tienen sobre nuestra libertad; a veces se necesita al Estado para contrarrestar estas fuerzas. [...] Puede que el Estado tenga incluso que silenciar voces de algunos para que se oigan las voces de los demás, a veces no hay más remedio".<sup>33</sup>

Por ello, me animo a pensar, siguiendo a Fiss, que en aquellas sociedades que se han visto atravesadas por experiencias genocidas, hay palabras que no pueden ser dichas y en esta prohibición el derecho juega un rol fundamental en tanto único campo de imposición de normatividad como parte de la construcción del monopolio de normatividad estatal moderna o, por lo menos, resulta conveniente alertar respecto de la peligrosidad de expresiones que, en la justificación de su utilización, invocan a la democracia cuando en

32. BIEGEL, *Beyond our control*, p. 324.

33. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, p. 12.

realidad atentan contra su propia subsistencia y esencia. El propósito básico del discurso negacionista es degradar a las víctimas, y precisamente al degradar la dignidad humana de un grupo se ataca la base del sistema democrático. Los discursos negacionistas se amparan en el andamiaje liberal de la libertad de expresión y fundamentalmente de la participación ciudadana en el debate público, entendiendo una igualdad formal entre los negacionistas y las víctimas, cuando en realidad se trata de un colectivo que ha sido arrasado por la experiencia genocida perpetrada por el propio Estado y respecto del cual es necesaria su reparación histórica. En todo caso, con el antinegacionismo jurídico se apela al silenciamiento de las voces de algunos para que se oigan las voces de los sistemáticamente excluidos.

Por ello, no comparto la idea extendida en el marco de la defensa de las democracias consensuales que con la punición del negacionismo se atenten los valores esenciales de la democracia entendida como cerceamiento en el debate público.<sup>34</sup> Las víctimas de crímenes de Estado no pueden en modo alguno constituir una amenaza contra la democracia. Por el contrario, dan manifestación gestual a aquel sentimiento agudamente democrático y que Tocqueville puso en conexión con la igualdad: la pasión que surge al ver sufrir a un semejante.

Esta debe ser la perspectiva de análisis cuando nos referimos a la función social de la libertad de expresión: el dolor infligido a las víctimas de los crímenes de Estado por las expresiones negacionistas se transforma en el *motor* fundante o legitimante de la punición, a punto de considerarlo en

34. Para una mirada crítica del significante democracia ver: NANCY, "Democracia finita e infinita", pp. 79-96. En la misma línea, Wendy Brown analiza este significante vacío y afirma que la democracia como concepto y como práctica ha estado siempre rodeada de una periferia no democrática y de un sustrato compuesto por elementos no integrados. Esta franja exterior no solo proporciona sustentación material a la democracia, sino que también constituye un factor que contribuye a definir por contraste el contenido de la democracia misma. Considera que una de las premisas fundacionales de la democracia moderna es la libertad. Nunca ha predicado la igualdad, salvo en el sentido formal del término. Sin embargo, al mismo tiempo se han permitidos y perpetuados las jerarquías, las exclusiones y las violencias de subordinación que han constituido la impronta de la democracia a lo largo de toda su existencia moderna. Entiende que en la actualidad nos acecha un peligro más obvio e inquietante: el de un fascismo que encuentra su cobijo en los resquicios democráticos. Este supuesto al que cataloga como democracia negativa incluye, en lo que aquí nos interesa, a aquellos sistemas que fundados en el discurso del odio promueven limpiezas étnicas. Esta posibilidad de cobijo "en" la democracia de aquellos quienes en definitiva atentan contra aquella, debe constituir una clara señal de alerta y obliga a repensar la relación entre democracia y libertad.

verdad indisoluble de la propia noción de democracia. Contrariamente a lo que se suele sostener entonces, justamente sobre la base del argumento democrático, es que la criminalización del negacionismo se halla justificada.

El genocidio es la representación más violenta y más extrema de la violación a la dignidad humana por parte de un Estado perpetrador y conlleva no solo la negación del Estado de Derecho sino el aniquilamiento material del grupo definido como otro negativo. Sus condiciones, las personas responsables de sus concreciones claramente identificables, la enorme disparidad entre las víctimas y perpetradores, así como la magnitud de la degradación de las víctimas, señala la naturaleza horrenda de estos crímenes.

Teniendo en cuenta la perspectiva histórica del desarrollo de los derechos humanos con la adopción de disposiciones que declararon el rechazo a las atrocidades cometidas y consecuentemente los valores en los que debían fundarse los nuevos sistemas democráticos luego de la Segunda Guerra Mundial, el negacionismo amenaza no solo a los poderes constituidos, sino sobre todo al pacto ético que cohesiona a las sociedades democráticas contemporáneas. Se ataca en verdad el momento constituyente de la democracia.

Dice Fronza en lo que aquí interesa:

“Inmediatamente después del final de la Segunda Guerra Mundial, se presenció un movimiento de recodificación —las nuevas Constituciones de los varios Estados europeos— y la creación, en el plano internacional, de documentos e instancias de garantía para la protección de los derechos fundamentales, expresándose así el rechazo directo de aquellos hechos atroces y la recepción de nuevos valores. Es posible afirmar que todo el conjunto de los valores que caracterizaron el periodo posbélico, cristalizados dentro del sistema ético-jurídico elaborado a partir de 1945 (constituciones, legislaciones nacionales y documentos internacionales, vinculantes y no), sea el producto de la reacción ante las ideas nefastas que causaron la deriva homicida de los regímenes totalitarios. Ahora bien, para nosotros el negacionismo niega justamente los hechos que originan dicha reacción y, por lo tanto, niega el universo ético político surgido después de la Segunda Guerra Mundial. Este fenómeno afecta profundamente no tanto a los poderes constituidos, a las estructuras establecidas, sino mucho más al pacto ético, representado por el rechazo incondicional de las dinámicas que arrastraron a Europa al horror de la guerra y los totalitarismos. Lo que aquí se define como pacto ético representa, por consiguiente, un compromiso común a interpretar de manera uniforme el acontecimiento fundador, o sea el genocidio nazi que tanto

ayudó para cambiar el rostro de las Cartas constitucionales y del sistema jurídico internacional... El negacionismo ataca entonces el momento constituyente de la democracia, mucho más que sus aspectos constituidos, o sea las instituciones".<sup>35</sup>

Por ello, mal puede decirse que con la punición se ataca la democracia cuando en verdad se la está defendiendo del ataque negacionista. En esta dimensión de los derechos humanos, tanto el recuerdo del momento más trágico del siglo XX como la memoria de las violaciones a los derechos humanos posteriores, no representan un mero hecho cultural. Ese recuerdo tiene un alcance público concreto: constituir el elemento fundacional de la esfera política. Los negacionistas "utilizan la libertad de palabra en todo su potencial subversivo y retórico con el propósito de alterar los fundamentos del pacto ético mediante el ataque al patrimonio histórico común".<sup>36</sup>

Los discursos negacionistas reeditan el dolor de las víctimas y familiares, renuevan las humillaciones de los sobrevivientes, a la vez que buscan darles una solidez narrativa a estos pactos sociales denegativos en tanto representación simbólica de lo ocurrido. Siendo que lo realmente peligroso es que se configuran en modos sutiles de silenciamiento de las víctimas a la vez que permiten la generación de un clima para que el genocidio sea posible. Una tentativa de exterminio sobre el papel dice lúcidamente Vidal Naquet.

## VI. CONCLUSIÓN

Finalmente algo que puede resultar banal pero que no lo es. El negacionista no es un estúpido. No solamente es un problema de alcances de la libertad de expresión, no son solo palabras. Estas palabras producen efectos políticos concretos.

Zaffaroni recurre a un interesante concepto: el lenguaje mortífero, dando cuenta del carácter peligroso y letal que pueden tener las palabras, cuando estas se encuentran dirigidas a no evitar (o incluso incidir) en la producción de cadáveres. En todo caso, de lo que se trata es de averiguar si los cadáveres son tales porque las palabras han contribuido a condicionar (o a no evitar) las conductas que los convirtieron en cadáveres, puesto que es así como las palabras matan, como opera el lenguaje mortífero, o sea, legitimando, mos-

35. FRONZA, "¿El delito de negacionismo? El instrumento...", pp. 142-143.

36. FRONZA, *El delito de negacionismo en Europa*, p. 122.

trando u ocultando, descubriendo o encubriendo. Para Zaffaroni, cuando las palabras son instrumentos letales, lo son "por y para algo" y por ello nos exige no hacernos los distraídos ante el poder de aquellas:

"Las urgencias de nuestro margen y los gritos de los cadáveres que nos dicen que están muertos nos exigen que por lo menos los miremos, que por horrible que sea el espectáculo no volvamos la vista hacia otro lado, que no los ignoremos, y que, si bien debemos ocuparnos de los discursos y en particular de las palabras letales, no lo hagamos como especulación abstracta, sino justamente porque esas palabras son capaces de incidir en su producción".<sup>37</sup>

Ningún Estado responsable puede permanecer indiferente frente a la propagación de estos discursos en esta "nueva" realidad comunicacional, porque lo que está en juego es la configuración de nuestra cultura que se presenta: a) o bien como proclive —o incluso indiferente— a la perpetración de genocidios sobre el colectivo definido como otredad negativa o, b) por el contrario, una cultura que rescata la distinción moral entre lo justo e injusto, que no condena como inútil lo mejor de nuestras tendencias humanas, aquello que desde la antigüedad produce que algunos de los humanos se preocupen por el sufrimiento del otro y busquen transformar la realidad para evitarlo.

Creo que lo peor que nos puede pasar como ciudadanos, agentes ético-políticos, intelectuales, etc. es disfrazar el pensamiento reaccionario bajo la sutileza teórica del liberalismo penal. Con ello no quiero decir que la criminalización es la única respuesta para enfrentar el negacionismo. Digo simplemente que se presenta como una estrategia posible, en términos de validez y justificación. Algo que exige pensar la libertad de expresión con dimensión histórica (factor tiempo) y en su contenido multidimensional (en relación con la igualdad) para dismantelar situaciones de invisibilización del daño y silenciamiento de las víctimas que los discursos negacionistas significan.

Este siglo colmado de guerras y genocidios nos plantea los desafíos de pensar estas nuevas criminalidades discursivas al alero de las nuevas tecnologías. Tenemos muchos y serios problemas. No solo el recrudescimiento de discursos negacionistas en Argentina y como impactan en el escenario judicial, sino también genocidios invisibilizados y negados a nivel global. A

37. ZAFFARONI, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, p. 14.

lo que se suma el retorno de neofascismos, tanto a nivel regional como universal. Se nos hace urgente pensar estas problemáticas —en memoria de los muertos, *nuestros* muertos, de sus familias, de los sobrevivientes—, pensar la sociedad que éramos antes del aniquilamiento y la que somos hoy, cómo los usos del pasado nos permiten pensar nuestro presente democrático.

Benjamin describe certeramente este entramado cuando dice que “hemos sido esperados sobre la Tierra”. Y la pregunta entonces es: ¿quién nos ha esperado? La respuesta es sencilla y a la vez profundamente inquietante: las víctimas, todos aquellos que no pueden descansar tranquilos porque se les ha privado de su dignidad. Si nos esperan es porque tienen una factura que pasarnos, tienen unos derechos pendientes que nosotros tenemos que saldar. ¿Por qué nosotros si ellos son anteriores a nosotros? Podía haber sido de otra manera, podíamos haber nacido sobre un planeta en el que la herencia no estuviera manchada de sangre y olvido.

Hacer justicia es siempre rendir cuentas de lo que quedó abierto, de lo aniquilado y también de lo *negado*, en definitiva de lo malogrado. No se escucha y prioriza la voz de la víctima para invertir el reparto de papeles, sino para reflexionar sobre la violencia que se les hizo, sobre la lógica política que los convirtió en víctimas y que hoy se sigue suscitando con el gesto de negaciones que nada tienen de inocentes. Recordar es un acto político. Es ahora y es urgente.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, “El Reino y la Gloria. Una genealogía teológica de la economía y del gobierno”, en *Homo Sacer*, Vol. II, N° 2, Ed. Adriana Hidalgo, 2008, Buenos Aires.
- , & BADIOU, Alain & BENSALID, Daniel y otros/as, *Democracia en suspenso*, Editorial Casus-Belli, 2010, Madrid.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco, “Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 6, 1990, pp. 9-22.
- BENJAMIN, Walter, “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos”, en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Taurus, 1991, Madrid.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Ed. Alianza, 1993, Madrid.
- BIEGEL, Stuart, *Beyond our control?*, The MIT Press, 2001, Cambridge.

- BOURDIEU, Pierre, *Intelectuales, política y poder*, Eudeba, 2014, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald, "Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution", en *Harvard University Press Cambridge*, Cambridge, Massachusetts, 1996.
- , "Libertad y pornografía", en *Derecho y Humanidades*, Año II, N° 3 y 4, 1993, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.
- , "¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?", en BARKER, Paul (comps.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social*, Paidós, 2000, Buenos Aires.
- FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999, Barcelona.
- , *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Ad-Hoc, 2010, Buenos Aires.
- FRONZA, Emanuela, "La protección penal de la memoria. Sobre el Delito de Negacionismo", en EIROA, Pablo & OTERO, Juan M. (comp.), *Memoria y Derecho Penal*, Fabián J. Di Placido Editor, 2008, Buenos Aires, pp. 111-183, Colección ¿Más Derecho?
- , "¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 5, 2011, pp. 97-144.
- , "The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the offense of Holocaust Denial" en HENNEBEL, Ludovic & HOCHMANN, Thomas, *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 155-182.
- , *El delito de negacionismo en Europa. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, Hammurabi, 2018, Buenos Aires.
- GARGARELLA, Roberto, "El carácter igualitario del republicanismo", en *Isegoría*, N° 33, 2005, pp. 175-189.
- KROTOSZYNSKI, Ronald, "A comparative perspective on the First Amendment: Free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany", en *Tulane Law Review*, 2004, Vol. 78, N° 5, pp. 1549-1609.
- LORETI, Damián, *Derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, 2ª Ed., Siglo XXI editores, 2014, Buenos Aires.
- MEIKLEJOHN, Alexander, *Free Speech and Its Relations to Self-Government*, Harper Brothers Publishers, 1948, New York.
- MILL, John Stuart, *On liberty*, Penguin Group, 1985, New York.

- PECES-BARBA, Gregorio, "Derechos fundamentales", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 2, 1987, pp. 7-34.
- PEREZ DE LA FUENTE, Oscar, "La libertad de expresión y el caso del lenguaje de odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y alemana", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, diciembre, 2010, N° 21, Madrid, pp. 90-127.
- REYES MATE, Manuel, *Memoria de Occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados*, Antrophos, 1997, Barcelona.
- ROSANVALLON, Pierre, *La sociedad de iguales*, Manantial, 2012, Buenos Aires.
- SABA, ROBERTO, "(Des)Igualdad Estructural", en ALEGRE, Marcelo & GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, 2007, Buenos Aires.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza, 2009, Madrid.
- SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, 2ª Ed., Prometeo, 2010, Buenos Aires.
- SUNSTEIN, Cass, *Democracy and freedom of speech*, The Free Press, 1995, New York.
- VIDAL NAQUET, Pierre, *Los asesinos de la memoria*, Siglo XXI Editores, 1994, México.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelara*, Ediar, 2011, Buenos Aires.
- ZENO ZERCOVICH, Vincenzo, *Freedom of Expression. A critical and comparative Analysis*, Routledge-Cavendish, 2008, Canada.