

BUENOS AIRES,

AL HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN:

Tengo el agrado de dirigirme a Vuestra Honorabilidad con el objeto de someter a su consideración el presente Proyecto de Ley tendiente a prohibir la difusión de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o trivialicen flagrantemente la existencia histórica de conductas enmarcables en el delito de genocidio –en particular la *Shoá* (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– por afectar la dignidad o el derecho a la no discriminación de personas o grupos de personas por cualquier pretexto, ya sea en forma directa o indirecta.

Todo ser humano es persona (Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 1.2) y como tal posee dignidad (Declaración Universal de Derechos Humanos art. 1). Este atributo intrínseco de toda persona merece ser respetado independientemente de otras características del individuo.

El reconocimiento de la dignidad humana configura el marco dentro del cual se desarrolla el ejercicio de los derechos fundamentales y en virtud de ella carece de cobertura constitucional cualquier avasallamiento de la misma; “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos”¹.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”².

Debe tomarse en consideración que el principio de igualdad y no discriminación posee antiguo asidero en nuestro ordenamiento jurídico, dado que desde el año 1853 el Estado Argentino lo reconoció a través del artículo 16 de su Constitución Nacional.

Posteriormente, el artículo 1 de la Ley Nacional N° 23.592³ estableció que “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”. El citado artículo no es más que una derivación del reconocimiento del artículo 16 de la Constitución Nacional.

¹ Cfr. Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 214/1991 del 11 de noviembre de 1991.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva 4/84”, 19 de enero de 1984.

³ Sancionada el 3 de agosto de 1988. Promulgada el 23 de agosto de 1988. Publicada en el Boletín Oficial el 5 de septiembre de 1988. Modificada por Ley nacional N°24.782.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el año 1994 la Convención Constituyente Nacional amplió considerablemente el abanico de derechos básicos que ostentan la máxima jerarquía normativa. En este sentido, se decidió contemplar expresamente once instrumentos internacionales a los cuales se les otorgó jerarquía constitucional. Desde entonces, el principio de igualdad, y su contrapartida, el derecho a la no discriminación, se encuentran consagrados tanto en Nuestra Constitución Nacional (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23) como en numerosos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, inc. 2); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 4); en particular, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 7 reconoce la igualdad y el “derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Consideramos que, tal como dice el artículo 1 del proyecto que acompaña el presente mensaje, “...la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o trivialicen flagrantemente la existencia histórica de conductas enmarcables en el delito de genocidio –en particular la Shoá (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– de un modo que afecte la dignidad o el derecho a la no discriminación de personas o grupos de personas por cualquier pretexto, ya sea en forma directa o indirecta” constituyen conductas que por su flagrante oposición con el reconocimiento pleno de los derechos humanos deben ser expresamente prohibidas por nuestro ordenamiento jurídico.

La experiencia del nazismo generó la necesidad de tipificar jurídicamente una práctica que se había hecho común en la modernidad, desde el colonialismo hasta el genocidio armenio. En virtud de ello, durante la Segunda Guerra Mundial, el jurista polaco Rafael Lemkin acuñó por primera vez el término genocidio⁴. Lo definió como el aniquilamiento sistemático cuyo objetivo es “destruir la identidad nacional del oprimido a través de terror”, y lo tipificó siguiendo los principios de la igualdad, en tanto “intento de destrucción total o parcial de un grupo como tal”. Pretendió extender la protección a todos los grupos incluyendo cuestiones físicas, biológicas, políticas, sociales, culturales, económicas y religiosas. Asimismo encuadró la destrucción de una cultura como un segundo tipo de genocidio, que luego fue conocido como etnocidio.⁵ El genocidio ha ubicado al hombre en condición de negación de su propia condición.

En 1948, estos principios son reconocidos internacionalmente y tipificados a través de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁶, en cuyos trabajos preparatorios, Lemkin participó activamente. La misma define al genocidio en su artículo 2, como:

“...cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

⁴ Año 1944.

⁵ KOK-THAY ENG, *Redefining Genocide*, Disponible en:
<http://www.genocidewatch.org/redefininggenocide.html>.

⁶ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951. Adhesión de Argentina del 5 de junio de 1956. Elevada con rango constitucional con la reforma de 1994.

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

En iguales términos el delito de Genocidio es abordado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Art. 6)⁷.

La descripción del delito de genocidio, es muy similar a aquella contemplada por los Juicios de Nuremberg. Los crímenes analizados en Nuremberg, definidos como crímenes de lesa humanidad, incluyen, asesinato, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y la persecución de un grupo en virtud de su pertenencia a una raza o etnia, con el objeto de su destrucción.

El Holocausto fue la persecución y el asesinato sistemático de aproximadamente seis millones de judíos por el gobierno nazi y sus colaboradores. Los nazis, que tomaron el poder en Alemania en enero de 1933, creían que los alemanes eran una “raza superior” y los judíos eran considerados “inferiores”. Durante el Holocausto, los nazis también tuvieron en su mira a otros grupos por razón de su percibida “inferioridad racial” como los romas (gitanos) y las personas con discapacidad. Otros grupos fueron perseguidos por razones políticas, religiosas o de orientación sexual: comunistas, socialistas, testigos de Jehová y homosexuales.

Años atrás existía una dicotomía entre la visión particular de la Shoá desde la óptica judía –cuyo argumento establece la especificidad de la tragedia judía y la imposibilidad de compararla con otros genocidios-, acentuada también por los principales historiadores israelíes, y la visión universal que apuntaba a deducir lecciones morales y políticas del Holocausto para combatir el racismo, el neo-nazismo o la xenofobia en general y para fomentar el respeto a los derechos humanos. Hoy en día hay un mayor acercamiento entre ambos enfoques, sintetizado por el análisis de Yehuda Bauer, quien si bien acentúa la especificidad de la tragedia judía establece a la vez la legitimidad de una comparación con otros genocidios y reconoce que los judíos no tienen ni el monopolio ni la exclusividad en el sufrimiento humano a lo largo de la historia ni en la persecución nazi. Bauer acentúa, no obstante, que la Shoá es el paradigma más extremo de genocidio y que ningún otro fenómeno semejante se aproxima a sus dimensiones y significado.⁸

Los delitos perpetrados contra el pueblo judío en el contexto del Holocausto, son crímenes que desconocen los principios y valores básicos de la humanidad, y que afectan no sólo al pueblo judío, sino a la sociedad toda.

⁷ Ley N° 25.390, Sancionada el 30 de Noviembre de 2000 y Promulgada de Hecho el 8 de enero de 2001.

⁸ GOLDSTEIN, Y., Metodologías, el Holocausto como paradigma del genocidio, como fenómeno histórico, sus proyecciones actuales y su significado teológico. Educador; organizador responsable de proyectos educativos en Israel.

Reviste de importancia que aceptemos la historia de opresión, no porque uno pueda revertir dicha opresión, sino porque uno puede transformar la opresión en conciencia activa. Una conciencia activa para una mayor moralidad y una mayor responsabilidad para con los demás.

La creación del término genocidio, por el jurista polaco, Rafael Lemkin, tuvo su mayor antecedente en las matanzas de armenios durante la Primera Guerra Mundial (1915-1923), cuando el gobierno turco otomano ejecutó metódicamente el genocidio de más de 1.500.000 inocentes hombres, mujeres, niños/as y nonatos/as, por el sólo hecho de ser armenios/as. El asesinato masivo fue legalizado en órdenes firmadas por quienes representaban oficialmente al Estado de acuerdo a la Constitución. “El Estado turco desarraigó a los armenios, los desterró, los condenó a una deportación letal, usurpó su territorio nacional.”⁹

“El gobierno nacionalista turco no quiso reconocer la existencia de lenguaje, herencia histórica, tradiciones y culturas armenias, ni sus costumbres ni su culto. No quiso que hubiera una nacionalidad Armenia, porque la nacionalidad implicaría la titularidad de una cantidad de derechos comunes a un grupo; no quiso una nacionalidad con derechos propios particulares, diferentes de los de la nacionalidad turca.” Los armenios no lo aceptaron, y la negativa a renunciar a sus valores étnicos motivó la decisión política turca de cometer genocidio.¹⁰

La intención del gobierno turco de silenciar la matanza y el horror se convertiría con el paso de los años, en una política activa de presiones y extorsiones orientadas hacia los organismos y los estados soberanos para que ni unos ni otros reconozcan oficialmente el genocidio del que fue víctima el pueblo armenio. Así es que recién en 1985 la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas aceptó calificar el caso armenio como un genocidio.¹¹

En reconocimiento de dichos aberrantes sucesos, en nuestro país, la Ley Nacional N° 26.199¹² declara los días 24 de abril de cada año el "Día de acción por la tolerancia y el respeto entre los pueblos", en conmemoración del genocidio de que fue víctima el pueblo armenio. Los fundamentos de la ley ponen de resalto que “conocer y dar a conocer la historia es un derecho fundamental de las víctimas, pero también un deber de los contemporáneos respecto de las generaciones futuras. Si un genocidio fue posible, otro podrá serlo, y es nuestra obligación como hombres no olvidar...”

Asimismo, debemos resguardar en nuestra memoria el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina entre 1976 y 1983. El mismo consistió en la toma de poder por parte de las fuerzas armadas que instrumentaron un plan sistemático de imposición del terror y de eliminación física de miles de ciudadanos sometidos a secuestros, torturas, detenciones clandestinas y a toda clase de vejámenes. “... [S]e eliminó físicamente a quienes encarnaban toda suerte de disenso u oposición a los

⁹ OHANIAN, Pascual, Introducción histórica de la ley 26.199, 24 de abril, día de acción por la tolerancia y el respeto de los pueblos.

¹⁰ OHANIAN, Pascual, Introducción histórica de la ley 26.199, 24 de abril, día de acción por la tolerancia y el respeto de los pueblos.

¹¹ Fundamentos de la ley 26.199.

¹² Sancionada el 13 de diciembre de 2006. Promulgada de hecho el 11 de enero de 2007. Publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero de 2007.

planes de sometimiento de la Nación, o fueron sospechados de ser desafectos a la filosofía de los usurpadores del poder, tuvieran o no militancia política o social. (...)

El rechazo del olvido de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos es un aspecto esencial en la lucha contra la impunidad, la que constituye un objetivo fundamental de la comunidad internacional en su conjunto, tal como lo reafirmó la Declaración Final y el Programa de Acción de Viena adoptado en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena, República de Austria, en junio de 1993.

La memoria no sólo rinde homenaje y rehabilita a las víctimas de gravísimas ofensas a la dignidad humana, sino que es un ejercicio indispensable para afianzar la cohesión de la sociedad, la moralización de la vida pública y sentar las bases para las garantías de no repetición de hechos atroces y aberrantes cometidos mediante un ejercicio delictivo del poder estatal.

Es responsabilidad de las instituciones constitucionales de la República el recuerdo permanente de esta cruel etapa de la historia argentina como ejercicio colectivo de la memoria con el fin de enseñar a las actuales y futuras generaciones las consecuencias irreparables que trae aparejada la sustitución del Estado de derecho por la aplicación de la violencia ilegal por quienes ejercen el poder del Estado, para evitar que el olvido sea caldo de cultivo de su futura repetición.

En tal sentido la memoria cumple un papel fundamental en la construcción de una sociedad más justa y más humana, gracias a las lecciones que el pasado depara para edificar un futuro mejor y acorde con las normas y valores reafirmados por el derecho nacional e internacional de los derechos humanos...."¹³.

Es en virtud de dichos principios por los cuales debemos prohibir la negación y el desconocimiento de tan atroces delitos.

El Tribunal Oral Criminal Federal de la Plata Nº 1 ha reconocido en más de un caso, que los aberrantes crímenes perpetrados por la dictadura militar en nuestro país, entre 1976 y 1983, constituyen delitos de lesa humanidad, cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en nuestro país entre los años 1976 y 1983.¹⁴ Ello en virtud de que "El sistema puesto en práctica -secuestro, interrogatorio bajo tormentos, clandestinidad e ilegitimidad de la privación de libertad y, en muchos casos eliminación de las víctimas-, fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la Nación y prolongado en el tiempo"¹⁵.

El sociólogo Daniel Feierstein ha destacado que "El aniquilamiento en la Argentina no es espontáneo, no es casual, no es irracional: se trata de la destrucción sistemática de una `parte sustancial' del grupo nacional argentino, destinado a transformarlo como tal, a redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino, su futuro"¹⁶.

¹³ Fundamentos de la ley 26.085

¹⁴ Trib. Oral Crim. Fed. La Plata Nº 1: "Etchecolatz, Miguel O. s/privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y homicidio calificado", 26/09/2006 y "Von Wernich, Christian F", sentencia de fecha 01/11/2007.

¹⁵ Von Wernich, Christian F, Trib. Oral Crim. Fed. La Plata, n. 1, sentencia de fecha 01/11/2007.

¹⁶ Feierstein, Daniel y Levy, Guillermo, *Hasta que la muerte nos separe*, Prácticas sociales genocidas en América Latina", Ed. Al margen, Buenos Aires, 2004, p. 76.

Dicho autor ha puesto de resalto que las razones por las que distintos procesos históricos pueden llamarse de la misma manera "...utilizar el mismo concepto sí implica postular la existencia de un hilo conductor que remite a una tecnología de poder en la que la 'negación del otro' llega a su punto límite: su desaparición material (la de sus cuerpos) y simbólica (la de la memoria de su existencia)" ¹⁷

El genocidio no es sólo una característica de la atrocidad y barbarie humana, sino también un valor simbólico. Si bien su término fue acuñado por primera vez ante los atroces crímenes cometidos durante el Holocausto, ante el asesinato masivo e indiscriminado de los judíos, utilizar dicha terminología para referirnos sólo a ese momento histórico le quitaría la fuerza a la tipificación lo cual dificultaría poder garantizar la intervención y sanción de futuros genocidios. ¹⁸

Mientras estas atrocidades ocurrieron en diferentes épocas y lugares, en circunstancias sociopolíticas variadas, todas tuvieron una característica en común, la indiscriminada y sistemática destrucción de los miembros de un grupo simplemente por pertenecer a dicho grupo.

Escudados en una metodología historiográfica revisionista (que basa sus principios en polemizar sobre grandes hitos del pasado, desestructurado las explicaciones sobre los mismos y llevándolos a una idea de "Mito") se desarrolla una corriente, conocida como *negacionismo*, que intenta invalidar o desconocer hechos históricos, especialmente los genocidios y el Holocausto.

Esta corriente que comienza a tomar cuerpo como argumentación defensiva de los nazis en la posguerra, fue acrecentando su visión buscando construir "evidencias" empíricas para refutar las acusaciones, en principio del Tercer Reich, y de otras acciones de destrucción física de grupos humanos.

En lo que refiere al Holocausto, los negacionistas centran su discurso en tres ejes fundamentales: a) que no existió una política oficial, plan o intención de exterminio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial; b) que no murieron seis millones durante la guerra en campos de concentración, sino unos dos millones y por condiciones físicas de la situación de guerra; y c) que no existieron cámaras de gas en los campos de concentración, que hayan sido usadas específicamente para la matanza colectiva.

Para sostener este esquema argumentativo, sostienen que: a) no hay documento nazi alguno que ordene o decreta la exterminación de judíos; b) que no había esa cantidad de judíos en la población europea; o c) que no hay pruebas materiales para sostener el uso de gas cianuro en las cámaras de desinfección de los campos de concentración; entre otros argumentos. Incluso, en algunas versiones del *negacionismo*, se sostiene que toda la construcción del Holocausto fue un diseño de propaganda norteamericana para justificar su accionar de guerra, especialmente las bombas nucleares.

¹⁷ Idem, p. 88.

¹⁸ KOK-THAY ENG, *Redefining Genocide*, Disponible en: <http://www.genocidewatch.org/redefininggenocide.html>

En tal sentido, podemos afirmar que el *negacionismo* intenta construir una pseudoexplicación, desacreditando los esquemas argumentativos o las evidencias, a través del uso selectivo de hechos, negación o burla de otros, falacias *ad ingnoriam* (si no puedo probar no existe) a contrapartida de suponer otros hechos no probados, o incluso, la misma invención de hechos.

Todo este discurso es imposible de sostener, como afirma el Juez Daniel Rafecas, que el Holocausto es el episodio histórico más documentado de la historia de la humanidad, y que sus pruebas están disponibles, basta ver; comenta, “...*las barracas del campo de exterminio Birkenau... o las cámaras de gas de Majdanek, para ver el aterrador tono azulado adquirido por las paredes y techos debido al empleo incesante de los cristales de cianuro de hidrógeno...*”¹⁹.

De hecho, en el 2006, el Secretario General de la ONU, Kofi Annan sostuvo: “... *Recordar es un rechazo necesario a aquellos que dicen que el Holocausto nunca sucedió o ha sido exagerado. La negación del Holocausto es la obra de fanáticos; debemos rechazar sus falsas proclamas cada vez que, dondequiera y por quienquiera, sean realizadas...*”. Y en enero de 2007, la Asamblea General de Naciones Unidas, condenó “*sin reservas toda negación del Holocausto*”.

La aparición de aquellos que sembraron dudas sobre la existencia de los genocidios, cuestionan el número de víctimas o tergiversan fechas y hechos pretendiendo relativizar o banalizar lo acaecido, llegando incluso a negar la existencia de los genocidios motiva el presente proyecto, en tanto . La consagración del derecho a la verdad, es un derecho fundamental, de carácter autónomo e inalienable, traduce la dimensión ética de los nuevos parámetros. “La lucha contra el olvido y la impunidad ha adquirido una legitimidad tal que desborda el hermetismo de las relaciones interestatales y se proyecta incluso sobre aquellas realidades nacionales sometidas históricamente a la dictadura del silencio.”²⁰

En este punto, es preciso examinar las disposiciones que nuestro ordenamiento jurídico destina a la protección de la libertad de expresión con el objeto de establecer la constitucionalidad de la restricción propuesta. Al respecto, es preciso aclarar que hacemos vuestra una cuantiosa doctrina y jurisprudencia nacional e internacional y consideramos que el criterio adecuado al momento de aplicar limitaciones de cualquier tipo a la libertad de expresión e información, no debe estimar preponderante uno de los derechos que se encuentran en colisión (derecho a la intimidad, dignidad, igualdad, no discriminación, etc. vs. libertad de expresión), sino ponderar las circunstancias, evaluar si las expresiones se encuentran dentro de un ámbito protegido constitucionalmente, o –por el contrario– si se transgrede ese ámbito²¹.

El artículo 14 de nuestra Norma Fundamental confiere a todos/as los/as habitantes el derecho “de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”.

Al mismo tiempo, la libertad de expresión se encuentra consagrada en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 19 de la Declaración

¹⁹ Clarín, 2/2/2009.

²⁰ DESPOUY, Leandro, *La condena de los genocidios*, Diario Clarín , Tribuna , 08/05/2008 (nota de archivo perteneciente a al edición número 13232).

²¹ Cfr. Tribunal Constitucional Español, Sala Primera, sentencia del 06/06/1990, referencia Nº 105/1990.

Universal de Derechos Humanos; artículo 5, numeral viii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; artículo 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño; mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que se refiere con mayor extensión a esta materia, en su artículo 13 dispone:

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

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

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

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

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

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

Es importante volver a mencionar que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos citados precedentemente, además ser vinculantes para el Estado argentino por haberse comprometido internacionalmente a la observancia de los mismos, gozan de jerarquía constitucional por haber sido incorporados a nuestra Norma Fundamental en su artículo 75, inciso 22 luego de la reforma constitucional de 1994.

En este punto, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que al aplicar alguna disposición de tales instrumentos debe hacerse tal como “efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...”²².

Esta doctrina judicial convierte a las manifestaciones de los organismos internacionales de derechos humanos –por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, en fuentes de nuestro sistema jurídico a las que debe recurrirse cuando se trata

²² Cfr. CSJN, "Girolidi", ver su texto en "La Ley", Tomo 1995-D, pág. 461.

de establecer el alcance de un derecho consagrado expresamente en algún instrumento internacional que integra el bloque de constitucionalidad federal²³.

Así, es importante destacar la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresada en su jurisprudencia, que –en relación con la libertad de expresión– tiene dicho que:

“64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

[...]

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

[...]

69. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que: [la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’...”²⁴.

Ahora bien, no toda manifestación se encuentra amparada por la protección de la libertad de expresión.

Con el objeto de determinar los límites de la protección que la libertad de expresión confiere, se debe distinguir cuidadosamente entre expresiones que refieren a hechos sobre los cuales es posible predicar verdad o falsedad y aquellas que se enmarcan dentro de las opiniones, ideas o juicios de valor.

²³ Integrado por nuestra Carta Fundamental y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001. Ver también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, sentencia de fondo emitida por la Corte el 6 de febrero de 2001; caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha diferenciado la libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y la libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos): “Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica (...). Por el contrario, cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante”²⁵.

La libertad de expresión encuentra su límite en las manifestaciones denigrantes, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. En este sentido, un claro ejemplo de manifestaciones que no reciben la protección de la libertad de expresión es el llamado “discurso de odio”, que ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia extranjera e internacional y definido como “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basados en la intolerancia”²⁶.

En nuestro país, algunas de las manifestaciones de este tipo se encuentran sancionadas penalmente en el artículo 3 de la Ley Nacional Nº 23.592, donde se establece que:

“Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

Tal como se desprende de la lectura del citado artículo, se encuentra tipificada la participación en organizaciones o la realización de propaganda y el aliento o incitación a la persecución o el odio. Sin embargo, a la luz de la definición de “discurso de odio” propuesta párrafos atrás, el artículo 3 de la Ley Nacional Nº 23.592 no cubre todas las conductas catalogadas como tales.

La negación, justificación o minimización de los genocidios –en particular la Shoá (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– como hechos históricos contrarios a los derechos humanos, constituye una práctica discriminatoria de las personas y grupos que perseguidos y/o exterminados por el sólo hecho de pertenecer a esos grupos nacionales, religiosos, étnicos, de ideas políticas, etc.. Por ello, se considera necesaria la incorporación expresa de la propuesta legislativa que acompaña al presente mensaje al ordenamiento jurídico nacional, ya que –al margen de que, en muchos casos, las conductas de este tipo se

²⁵ Cfr. Tribunal Constitucional Español, op. cit.

²⁶ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Gündüz v. Turkey*, sentencia del 4 de diciembre de 2003. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, conocida como “hate speech”. Texto original en inglés: “all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance...”.

presentan acompañadas de otras acciones o demostraciones que hacen posible su encuadre en las disposiciones ya previstas en nuestro Código Penal— a la luz del reconocimiento constitucional pleno de los derechos humanos, son de una gravedad tal que amerita la creación de un tipo penal específico.

En esta instancia cabe recurrir al derecho comparado. Al respecto, es dable destacar la existencia de previsiones legislativas similares en varios países del mundo, entre ellos, Alemania, Francia, Suiza, Bélgica, Austria y España.

En **Alemania**, la negación del Holocausto está considerada delito. El Código Penal de Alemán, en su sección 130, establece:

[...]

“(3) Quien publicite o en una reunión apruebe, deniegue o plantee como inofensivo un acto cometido bajo las reglas del Nacional Socialismo del tipo indicado en la Sección 220a, subsección (1) [genocidio], de una forma capaz de alterar la paz social, deberá ser penado con prisión por hasta 5 años o una multa”²⁷.

Por su parte, **Francia**, mediante la llamada “Ley Gaysot” que introduce un nuevo artículo a la Ley sobre Libertad de Prensa del 29 de julio de 1881, modificando a su vez el Código Penal Francés, se establece:

“Art. 24 bis: Se castigará con las penas previstas en el apartado sexto del artículo 24 a quienes nieguen, por los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal como los define el artículo 6 del estatuto del tribunal militar internacional anexo al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y que hayan sido cometidos bien por miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 del citado estatuto, bien por una persona declarada culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional...”²⁸.

Asimismo, sobre manifestaciones de tenor negacionista -que habían puesto en duda que el propósito de las cámaras de gas, en los campos de concentración, fuese el de exterminio- el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha sostenido, que tienen la virtualidad y potencialidad de profundizar sentimientos antisemitas y, en consecuencia, vulnerar el derecho de la comunidad judía de vivir sin el temor de un entorno antisemita.²⁹

En el caso de **Suiza**, el artículo 261 *bis* del Código Penal considera ofensa criminal y se impone una pena de hasta un año de prisión o el pago de una multa de 40 francos suizos a quien:

“...públicamente, verbalmente, por escrito, a través de imágenes, gestos, con agresiones o de cualquier otro modo, desprecie o discrimine de un modo que afecte la dignidad humana de una persona o un grupo de

²⁷ Cfr. Código Penal Alemán, sección 130, del año 1985. Texto original en inglés: “(3) Whoever publicly or in a meeting approves of, denies or renders harmless an act committed under the rule of National Socialism of the type indicated in Section 220a subsection (1), in a manner capable of disturbing the public peace shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine”.

²⁸ Cfr. Ley Nº 90-615 del 13 de julio de 1990. Texto original en francés: “Article 24 bis: Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale...”.

²⁹ Faurisson v. France, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993.

personas debido a su raza, su pertinencia étnica a su religión o quien, por la misma razón, niega, minimiza extremadamente o trata de justificar un genocidio u otro crimen contra la humanidad”³⁰.

A su vez, **Bélgica**, cuenta con una ley de prohibición de la negación del Holocausto, la cual en su artículo 1 establece:

“Quien, dadas las circunstancias establecidas en el artículo 444 del Código Penal [³¹] niega, minimiza extremadamente, intenta justificar o aprueba el genocidio comprometido por el Régimen Alemán Nacional Socialista durante la Segunda Guerra Mundial será castigado con una pena de cárcel de ocho días a un año, y con una multa de veintiséis francos a cinco mil francos.

Para la aplicación del párrafo anterior, el término “genocidio” se entiende en el sentido del artículo 2 del Tratado Internacional del 9 de diciembre de 1948 sobre prevención y lucha contra el genocidio.

En caso de repeticiones, se le pueden suspender a la parte culpable sus derechos cívicos suspendidos, conforme al artículo 33 del Código penal”³².

En **Austria**, la negación del Holocausto está sancionada en la ley N° 148 desde el año 1992. Se trata de una enmienda a la ley proscibía que el Partido Nazi (1945). La ley declara que negar el Holocausto y la comisión de crímenes contra la humanidad por el régimen Nacional Socialista alemán, su aval público, justificación o minimización es una ofensa criminal³³ si las declaraciones son de carácter político o de propaganda. Para los casos en los que la conducta no tenga este carácter, la ofensa será administrativa³⁴.

Por su parte, **España** en su Código Penal contempla el siguiente texto:

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

³⁰ Cfr. Código Penal Suizo, artículo 261 *bis*. Texto original en inglés: "...he who publicly, by word of mouth, in writing, by image, by gesture, by assault or in any other way, belittles or discriminates in a way which affects the human dignity of a person or a group of persons because of their race, their ethnic belonging to their religion or who, for the same reason, denies, grossly minimizes or tries to justify a genocide or other crime against humanity".

³¹ El artículo 444 del Código Penal Belga se refiere a: en reuniones o sitios públicos; o en la presencia de varias personas, en lugares que no son públicos, pero son accesibles a un número de gente que tiene derecho a encontrarse en el lugar o visitarlo; o en cualquier lugar en la presencia de la persona ofendida y delante de testigos; o por documentos, impresos o de otra manera, ilustraciones o símbolos que hayan sido mostrados, distribuidos, vendidos, ofrecidos para la venta, o públicamente expuestos; o finalmente a través de documentos que no hayan sido públicos, pero que han sido enviados o comunicados a varias personas.

³² Cfr. Ley del 23 de marzo de 1995, artículo 1. Texto original en inglés: "Whoever, in the circumstances given in article 444 of the Penal Code denies, grossly minimizes, attempts to justify, or approves the genocide committed by the German National Socialist Regime during the Second World War shall be punished by a prison sentence of eight days to one year, and by a fine of twenty six francs to five thousand francs.

For the application of the previous paragraph, the term genocide is meant in the sense of article 2 of the International Treaty of 9 December 1948 on preventing and combating genocide.

In the event of repetitions, the guilty party may in addition have his civic rights suspended in accordance with article 33 of the Penal Code".

³³ La pena prevista en la legislación austríaca por la comisión de una "ofensa criminal" es de de 1 a 20 años de prisión.

³⁴ La pena prevista en la legislación austríaca por la comisión de una "ofensa administrativa" es una multa de 3.000 a 30.000 chelines (180 a 1.800 dólares estadounidenses).

El caso español presenta una particularidad; el texto del citado artículo fue sometido al análisis del Supremo Tribunal Constitucional de España, que declaró inconstitucional el fragmento “nieguen o” del citado artículo por considerar que –tal como estaba redactada la frase– la prohibición constituía un avasallamiento a la libertad de expresión en la medida en la que el artículo no requería más que la “...mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o que no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio”. A la vez, confirmó la constitucionalidad de la prohibición de la justificación del genocidio, ya que implica “...su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores (...) el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”³⁵.

Sin embargo, el mencionado Tribunal, sostuvo que “...el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”³⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también tuvo oportunidad de expresarse sobre el tema al analizar una petición sobre diversos artículos dedicados a combatir la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto.³⁷ En esa ocasión consideró que no puede entenderse amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto en la medida en la que implica un propósito “de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos”³⁸.

Sobre la base de la legislación y jurisprudencia nacional e internacional citada, resulta jurídicamente válido perseguir penalmente aquellas manifestaciones que –con la pretensión de enmascararse detrás de la protección amplia que posee la libertad de expresión– afectan la dignidad y el derecho a la no discriminación, más aún cuando las mismas resultan capaces de incitar en forma directa a la comisión de delitos de violencia, persecución u odio;

³⁵ Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 235/2007 del 7 de noviembre de 2007.

³⁶ Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 214/1991 del 11 de noviembre de 1991.

³⁷ Solemn hearing of the European Court of Human Rights on the occasion of the opening of the judicial year. Thursday, 22 January 2004: “I would mention the Court’s decision in the case of Garaudy against France. The applicant had challenged, among other things, his conviction for having questioned crimes against humanity, following the publication of a book with strong Holocaust-denial overtones. The Court denied him the protection of Article 10 of the Convention, which protects freedom of expression, on the basis that Article 17 applied. According to the Court, a denial of the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, was not the same thing as genuine historical research work aimed at establishing the truth. The true purpose of such research was to rehabilitate the National-Socialist regime and by the same token to accuse the victims themselves of having falsified history. Denial of crimes against humanity thus appeared to be one of the most acute forms of racial defamation of the Jews and of incitement to racial hatred of the Jews. That type of denial or rewriting of history called into question the values underpinning the fight against racism and anti-Semitism and posed a serious threat to public order. Such acts were incompatible with democracy and human rights, and were plainly intended to achieve objectives of the kind prohibited by Article 17 of the Convention. On the ground that the applicant’s book as a whole displayed clear Holocaust-denial overtones, the Court found it to be contrary to the fundamental values of the Convention, namely justice and peace.”

³⁸ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Garaudy c. Francia*, 24 de junio de 2003.

siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que sí resultarían plenamente amparadas por el reconocimiento constitucional de tal libertad.

Resta poner de resalto que con fecha 26 de enero de 2007, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una resolución³⁹ que condena cualquier intento de negar el Holocausto y compromete a todos los Estados Miembros a rechazar sin reservas toda negación del Holocausto, en tanto que acontecimiento histórico, sea esta negación total o parcial, o toda otra actividad que tenga por objeto dicha finalidad.

En conclusión, se puede afirmar que el proyecto propuesto constituye una limitación constitucional a la libertad de expresión por parte de la ley penal, toda vez que no se está sancionando la mera difusión de ideas, sino que se intenta proteger el valor constitucional de la dignidad, como sustento del reconocimiento del derecho a la igualdad, a la no discriminación y de los derechos humanos en general.

Por los motivos expuestos, se solicita a Vuestra Honorabilidad el pronto tratamiento y aprobación del proyecto que se acompaña.

MENSAJE N°

³⁹ Resolución N° 61/255. Texto original en inglés: “ ... 1. Condemns without any reservation any denial of the Holocaust; 2. Urges all Member States unreservedly to reject any denial of the Holocaust as a historical event, either in full or in part, or any activities to this end.”

EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS
DE LA NACIÓN ARGENTINA, REUNIDOS EN CONGRESO, ...
SANCIONAN CON FUERZA DE
LEY:

Prohibición de la negación de la existencia histórica del delito de genocidio

Artículo 1.- Incorpórese a la Ley Nacional N° 23.592 como artículo 3 *bis* el siguiente texto:

Será reprimida con prisión de un (1) mes a dos (2) años la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o trivialicen flagrantemente la existencia histórica de conductas enmarcables en el delito de genocidio –en particular la Shoá (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– de un modo que afecte la dignidad o el derecho a la no discriminación de alguna persona o grupos de personas por cualquier pretexto, ya sea en forma directa o indirecta.

En aquellos casos en los que la referida conducta se ejecute de modo tal que pueda implicar una incitación a la violencia, la persecución o el odio será aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3.

Artículo 2.- A los efectos de la aplicación de la presente ley, se adopta la definición de “genocidio” contemplada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁴⁰ y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁴¹.

Artículo 3.- Comuníquese al PODER EJECUTIVO NACIONAL.

⁴⁰ Ratificada por la República Argentina el 5 de junio de 1956, mediante Decreto – ley N° 6286/56, ratificado luego por la ley 14467.

⁴¹ Ratificada por la Ley N° 25.390, sanc. 30/11/2000; promul. 08/01/2001; publ. 23/01/2001