

## PRÓLOGO

1. Emanuela Fronza es en la actualidad una de las intelectuales más destacadas en el mundo en el análisis de todos los problemas que se derivan de la conexión entre verdad, memoria y justicia, respecto de casos de macrocriminalidad estatal, en especial si se recurre al sistema penal como medio de justicia para afianzar la verdad y consolidar la memoria.

La autora de este interesante libro se desempeña como Profesora de *Derecho Penal Europeo e Internacional* en la Universidad de Bolonia, el *Alma Mater* por antonomasia. Antes lo fue en la Universidad de Trento (2005-2016) Es *Chercheur Associé* en la *Unidad Mixta de Investigación en derecho comparado* de la Universidad de París 1. Desde 2004 integra el *Grupo Latinoamericano de Estudios sobre el Derecho Penal Internacional*, de la Universidad de Göttingen. Entre 2008 y 2012 disfrutó de una estancia en la *Humboldt Universität* de Berlín, como investigadora, precisamente, de la prestigiosa *Fundación Alexander von Humboldt*.

No solo su *curriculum*, arriba apenas insinuado, sino también el listado de sus obras resulta abrumador. Cito únicamente al pasar dos de sus libros que nos tocan más de cerca, sobre la justicia de transición en Latinoamérica, en los que trató el recorrido jurisprudencial de las graves violaciones de derechos humanos sufridas en la región (Trento, 2011) y la superación del pasado y la superación del presente por medio del castigo de las violaciones sistemáticas

de derechos humanos en Argentina y Colombia (Trento, 2009). Es coautora del libro *Le crime contre l'humanité* (3ª ed., París, 2018), de varias monografías, artículos y traducciones. Sus trabajos pueden ser leídos en inglés, en francés, en italiano, en alemán y en español, hacer una biografía de su vida y obra sería inabarcable<sup>1</sup>.

Fronza es, además y no casualmente, Investigadora Principal del *Memory Laws in European and Comparative Perspective*, un consorcio de la Unión Europea para estudiar las normativas y prácticas relativas a la memoria colectiva en Europa y el mundo<sup>2</sup>.

Su último trabajo es extraordinario: *Memory and Punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law* (Springer, 2018)<sup>3</sup>. Es el libro que nos conecta con este libro.

2. La condición intelectual de Fronza es apreciable categóricamente en la elección del objeto que puso sobre su mesa de estudio: un empleo del poder punitivo, del todo consistente con su ya proverbial tendencia expansiva, también para dar "respuesta a la negación del Holocausto y otras atrocidades masivas"<sup>4</sup>, política coherente asimismo con la obsesión actual por lo conmemorativo<sup>5</sup>. De un lado, las mejores intenciones (evitar que sea puesta "en riesgo una narrativa de tales eventos reconocida oficialmente"). Del otro lado, usar la normativa penal para alcanzar ese anhelo, es decir, recurrir para ello al instrumento más salvaje y oscuro del poder

<sup>1</sup> Todos los detalles sobre su trayectoria profesional y sus publicaciones pueden ser consultados en: <https://www.unibo.it/sitoweb/emanuela.fronza/>.

<sup>2</sup> Ver, con más informaciones acerca de este tan relevante como interesante proyecto, <http://melaproject.org/>.

<sup>3</sup> Ver la recensión del 19 de julio de 2018 de Marco Pelissero disponible en [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>4</sup> Todas las citas corresponden al texto de este libro.

<sup>5</sup> Tomo de Enzo Traverso esa forma de expresar la fijación de los contemporáneos por la memoria.

público. Como si con ello no fuera suficiente, el tema impacta de lleno con el derecho a la libertad de expresar los pensamientos (también si son alevosamente inexactos) y con el derecho a la no discriminación, tal cual se advierte incluso, aunque apenas, en las sentencias pertinentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resumo la dificultad que tiene la cuestión, en la que está también su mayor atractivo, con un par de preguntas: ¿Es necesario huir a lo penal también para esto? ¿Somos tan poco imaginativos (o tan brutales) que no podemos resolver estas patologías sin la normativa del castigo? ¿Hace falta levantar el bastón del poder punitivo para golpear incluso al que tan burdamente niega hechos que son notorios? ¿Por medio de quién y cómo es definido lo oficialmente verdadero? Y a partir de ello, ¿cómo se seleccionan, de entre todas, aquellas verdades oficiales cuya negación será punible? De este modo, la memoria, ¿no queda en realidad desplazada por la protección de la verdad?

Los problemas, por lo demás, se multiplican actualmente. Los discursos del odio, y el negacionismo como una forma particular de estos, se sirven de los avances tecnológicos, como internet y las redes sociales, para difundir sus palabras hirientes con una inmediatez y una velocidad hasta hace poco inimaginables. Esto no solo plantea nuevos desafíos al sistema penal (piénsese en el sistema de imputación), sino que también afecta en nuevos campos a los derechos fundamentales involucrados (derecho a la libertad de expresión, derecho de no discriminación y derecho a la información). La tecnología es neutra, los bits no son buenos ni malos, es el uso que se haga de ella lo que define la valoración. Y cómo se controle ese uso definirá ante que modelo de sociedad estamos.

Fronza sabe que la decisión sobre el alcance preciso de ese control es un desafío crucial para la democracia. En su libro *Memory and Punishment*, recientemente editado en inglés como ya fue mencionado, describe el ejemplo de la ley alemana, de 2017, de regulación de las redes sociales (NetzDG: *Netzwerkdurchset-*

zungsgesetz). Esta ley impone a los gestores de redes sociales y plataformas *online* el deber de controlar los contenidos publicados por los usuarios y la obligación de remover muy rápidamente (en general dentro de las 24 horas de formulada la denuncia) los contenidos *odiosos* de características *manifiestamente ilegales* (entre estos, los de incitación al odio étnico o racial, el negacionismo o el uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales como el partido nacionalsocialista). La pena (multa de hasta 50 millones de euros) recae sobre los gestores mismos.

En un Estado como Alemania, tradicionalmente —pero también en la actualidad— muy sensible al respeto de la privacidad de los ciudadanos que navegan en las redes sociales (el ejemplo es el caso Snowden, aunque esa sensibilidad mayor viene dada por la omnipresencia invasiva de la *Stasi* en los tiempos de la República Democrática), el tratamiento del discurso del odio *online* es considerado tan importante que llevó a una contra-tendencia: es el mismo legislador el que solicita a los gestores de las redes sociales un control más intenso de los contenidos de los usuarios y una censura inmediata, bajo amenaza de sanción.

La publicación que ahora el lector tiene entre las manos se ocupa sabiamente de todos estos problemas. Y no lo hace, como se ve en la mayoría de las elaboraciones, académicamente tan pobres, de muchos autores, en todo el mundo, que se limitan acriticamente a gritar bien alto, para que se note, que ellos están, desde la hora primera, del lado de la verdad, la memoria y la justicia. Y de la justicia penal, *pensada* como medio para una reconstrucción de sentido que permita afirmar y fijar el “pacto ético”. ¿Quién puede no estar de acuerdo con esto? Es algo muy agradable. Muy rentable, además.

Pero justamente en esto —nunca mejor que repetirlo— hay que ser más amigo de la verdad. Es lo que hace la Profesora Fronza, quien defiende los valores relativos a la consolidación de unas sociedades democráticas que, fundadas en el respeto de los de-

rechos humanos, utilizan sus herramientas para evitar el retorno a los regímenes de tipo totalitario que los arrasaron. Pero, eruditamente, conociendo las lecciones de la historia —la de los crímenes y la de los castigos de los crímenes— indaga la cuestión en busca, no de fáciles aplausos, sino de racional moderación en el ejercicio de un poder, el de castigar, que supone siempre poner a unos seres humanos a merced de otros. Aunque estos últimos estén dotados de autoridad para ello por la sociedad democrática, no dejan de ser iguales a los demás, pero, no obstante, son colocados en el estrado de los que son mejores que los otros, y por eso pueden juzgarlos y condenarlos. Un dispositivo así, tal la visión humanista e ilustradísima de la autora, debería ser usado para pocas cosas y muy de vez en cuando. Y quizá no para esto.

El sinsentido se advierte en un par de usos reales del negacionismo más propios de la bufonada de una opereta que de Estados de derechos racionales. Mientras que en la mayoría de las legislaciones que trabajan con este tipo penal el delito consiste en negar un genocidio, en Turquía es criminal afirmar que se lo cometió. Otra manifestación similar de bipolaridad punitiva es el caso polaco<sup>6</sup>, que castiga penalmente no ya a quien niega la existencia del Holocausto, sino a quien afirma (¿o recuerda?) el involucramiento de Polonia en el diseño nazi del exterminio de los judíos perpetrado durante la Segunda Guerra Mundial. De este modo es eliminada, por ley, la complicidad de Polonia con el nacionalsocialismo. Con una pena privativa de la libertad de hasta tres años es castigado quien públicamente y *de modo contrario a los hechos* atribuya al Estado o a la Nación polaca una (co)respon-

<sup>6</sup> Ley polaca de lucha contra la difamación, 1 de febrero de 2018. Una versión completa en inglés de la ley está disponible en el *Times of Israel*: <https://www.timesofisrael.com/full-text-of-polands-controversial-holocaust-legislation/>.

sabilidad por los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial—art. 1, introduce el nuevo art. 55 a) a la ley de 1998—. Se pretende afirmar una verdad dominante acerca de unos *hechos históricos* que se quieren mantener incuestionables.

3. La obra explica el origen de la figura penal del negacionismo en el derecho israelí como afirmación de la inexistencia del Holocausto. Sigue con la importación de la figura a Europa, en los años noventa, primero a Francia y hoy ya a 21 países<sup>7</sup>. Asimismo es descrita otra expansión, la que llevó de un tipo restringido a la negación del Holocausto (negacionismo original limitado a una cuestión europea, bien concreta, muy identificada históricamente) a uno que comprende el desmentir la existencia de otros crímenes internacionales (negacionismo amplio expandido a la promoción de toda memoria en el ámbito universal de los derechos humanos).

Fronza, gran maestra del derecho internacional y comparado, examina el delito de negacionismo, en el cap. I, desde su nacimiento a su amplio arraigo en Europa, analizando la legislación, la jurisprudencia local, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, la Decisión Marco del Consejo de Europa n° 2008/913/JAI “relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal”.

La labor continúa, en el cap. II, con la tipificación de este crimen en el derecho italiano y sus peculiares particularidades, en-

<sup>7</sup> No prevén este tipo penal, sin embargo, las legislaciones de Reino Unido, Holanda, Dinamarca y Finlandia. En cambio, como ya fue considerado, Turquía y Polonia prevén un crimen de *afirmacionismo* o negacionismo inverso.

tre las que resalta la técnica de punir esta conducta como agravante del delito de propaganda racista, ahora insertado entre los delitos contra la igualdad en el Código Penal (art. 604 *bis*, inc. 3º). Para Fronza, el eje de tensión entre libertad de expresión y reconstrucción histórica es acentuado por el paradigma ampliado, hoy mayoritario. La configuración del tipo penal extendido requiere reflexionar acerca de los nuevos actores de la memoria: legisladores y jueces. Se ve así lo interesante que deviene observar la normativa italiana, pues aunque regula este hecho como agravante, mantiene todos los problemas relativos a cómo individualizar los hechos penalmente relevantes respecto de los cuales no es posible violar su recuerdo.

Finalmente, en el cap. III, aparece la confrontación del tipo penal estudiado con los derechos constitucionales en juego, siempre desde la perspectiva comparada, sobre todo respecto de las decisiones de la jurisprudencia más alta (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Francia, España, Alemania).

El libro, en este cap. III, encara la evaluación crítica, muy lúcida-mente, a partir de la estructuración de dos tensiones, la que surge entre la libertad de expresión y la intervención penal (punto 13) y la que existe entre la reconstrucción histórica de los hechos y el instrumento penal (punto 14). Una contienda entre el *soft law* de las leyes obsesionadas con la memoria histórica (museos, nombres de calles, fechas festivas, días de la memoria) y el *hard law* del derecho criminal y su manía represiva de todo lo que resulta socialmente desagradable.

La autora concluye, también como parte de este cap. III y último, con sus sólidas razones para considerar al discurso negacionista como afrenta al "pacto ético" de la sociedad democrática, pero también como una ideología que, por consiguiente, requiere una respuesta de naturaleza más ético-política que jurídico-penal. Para esta magnífica experta del tema, con años de pensamiento, discusión y experiencia en torno de una cuestión tan difi-

cil<sup>8</sup>, “solo la política, no la condena penal, está en condiciones de responder a quienes se oponen a la democracia y a los que se valen del arma de la ficción y la mentira acerca del pasado”.

Junto al talentoso y solvente trabajo de la Profesora Fronza debe ser destacada la excelente traducción de la obra por parte del Dr. Juan Pablo Castillo Morales y la eficiente y generosa intervención del Prof. Dr. Pablo Eiroa en la revisión y corrección del manuscrito. La labor de edición, a cargo de Fernando Depalma, titular de Editorial Hammurabi, ha sido formidable, como es habitual.

**DANIEL R. PASTOR**

<sup>8</sup> Todo lo cual se observa en la monumental bibliografía que—se nota con mucha evidencia— fue estudiada con detalle y rigor para elaborar las serias y profundas reflexiones formuladas en este libro.