

» **José Ignacio G. Pazos Crocitto**
Compilador

Análisis sobre la pertinencia de la tipificación del delito de negacionismo en la legislación penal nacional



EDITORIAL UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

INVESTIGACIÓN ACADÉMICA
DERECHO

Análisis sobre la pertinencia de la tipificación del delito de negacionismo en la legislación penal nacional / José Ignacio G. Pazos Crocitto... [et al.]; Compilación de José Ignacio G. Pazos Crocitto. -1ª ed.- Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2025.
358 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-655-389-6

1. Derecho. 2. Terrorismo de Estado. 3. Legislación sobre Derechos Humanos.
I. Pazos Crocitto, José Ignacio II. Pazos Crocitto, José Ignacio, comp.
CDD 361.614

■ Publicación sometida a dos evaluaciones externas doble ciego

Editorial de la Universidad Nacional del Sur

Santiago del Estero 639 – B8000HZK – Bahía Blanca – Tel.: 54–0291–4595173
www.ediuns.com.ar | ediuns@uns.edu.ar

Staff

Directora: Rebeca Canclini

Coordinación editorial: Alejandro Banegas

Administración y venta: Sandra Reeb

Diseño: Fabián Luzi

Imprenta: Mario Díaz



Diagramación interior y tapa: Fabián Luzi

No se permite la reproducción parcial o total, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las Leyes 11723 y 25446. Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

Tirada: 30 ejemplares

Bahía Blanca, Argentina, mayo de 2025.

© 2025 Ediuns

Índice

Capítulo I. Introducción. <i>Por José Ignacio G. Pazos Crocitto</i>	9
Capítulo II. Análisis de los puntos conceptuales	15
1. Fijación de elementos relativos al ámbito discursivo en que el delito de negacionismo se apoya (i. e. los elementos que jurisprudencial y dogmáticamente se consideran establecidos como “fijos” en lo relativo al terrorismo de Estado en Argentina en tanto que crimen contra la humanidad). <i>Por Florencia Guariste y María Paula Riganti</i>	15
§1. Introducción.....	15
§2. Definición. Elementos.....	17
§3. Jurisprudencia Argentina.....	19
§4. Colofón.....	30
2. El bien jurídico en la posible criminalización del delito de negacionismo en Argentina. Relevancia para su estructura típica. <i>por Sofía Dagna, Julieta Mateos y Gisela Moggia</i>	32
§1. Introducción: importancia de la investigación.....	32
§2. Metodología y estructura.....	34
§3. El principio de protección de bienes jurídicos y su incidencia en la determinación del ámbito de la prohibición penal.....	34
§4. Análisis sobre los posibles objetos de tutela (bienes jurídicos) en el delito de negacionismo.....	43
4.1. El orden público como bien jurídico.....	44
4.2. La memoria colectiva como bien jurídico protegido y su relación con la verdad histórica.....	46
4.3. La dignidad humana; la dignidad y personalidad de las víctimas.....	50
§5. La tipicidad del delito de negacionismo.....	59
5.1. Estructura típica del delito de negacionismo en la Unión Europea.....	59
5.2. “Acción Común” del Consejo de Europa, del 15 de julio de 1996.....	60
5.3. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo.....	61
5.3.2. Incitación a la violencia o al odio como pauta limitante de la tipificación.....	63
5.3.3. Objeto de negación. Individualización de los crímenes negados: aquellos tipificados en el Estatuto de la Corte penal internacional o en la Carta del Tribunal de Núremberg.....	63
5.3.4. Cláusulas adicionales y complementarias de la tipicidad.....	64
A. Alteración que puede generar la negación.....	65
B. Condición que el crimen negado haya sido objeto de una sentencia judicial.....	65
Artículo 1, apartado 1, Inciso c, Inciso d.....	66
§6. Conclusión.....	67

3. Análisis de la figura típica de la apología del delito y algunas vinculaciones epistémicas con el delito de negacionismo. <i>Por Juan Pablo Fernández</i>	68
§1. Delitos de opinión: la apología del delito.....	68
§2. El negacionismo y sus modalidades	69
§3. Una aproximación a los tipos penales de negacionismo.....	71
§4. El problema del bien jurídico	73
§5. Contradicción material y formal con los modelos de comportamiento del derecho .	75
§6. El circunstancial públicamente	76
§7. El aspecto subjetivo	77
4. Los delitos de odio. <i>Por Agustín Saulnier y Pablo Radivoy</i>	77
§1. El llamado “discurso de odio”.....	77
§2. Concepto y elementos constitutivos	78
2.1. El discurso	79
2.2. El odio	79
2.3. Referencia a una característica identitaria de la persona	79
3.1. Ley 23.592: Actos Discriminatorios.....	80
3.2 Código Penal Argentino	81
3.3. Conclusión del análisis de estas figuras	82
§4. Consideraciones dogmático-penales para la eventual tipificación de los delitos de odio	83
4.1. Posiciones respecto del bien jurídico protegido: Sus modos de afectación.	83
4.1. a. “La dignidad humana”	83
4.1.b.“La seguridad pública y la integridad física de las personas”	84
4.2. Conclusiones.....	85
§5. Proyectos de ley sobre negacionismo existentes en nuestro país.....	85
5.1. El Proyecto de Ley Antinegacionista: Cámara de Diputados Nacional (Exp. 3541 -D-2021).	85
5.2. El Proyecto de Ley para la sanción del negacionismo y/o apología respecto de genocidios y crímenes de lesa humanidad. Cámara de Diputados Nacional (Exp. 2751 -D-2023).	88
Capítulo III. Proyectos de ley sobre negacionismo en la República Argentina: Transcripción y análisis comparativo de proyectos de ley. <i>Por Gisella Malvestitti y Romina Martín</i>	91
Capítulo IV. La recepción del delito de negacionismo en el Derecho comparado. <i>Por Milena Menichelli y Victoria Romanutti</i>	191
§1. Palabras introductorias.	191
§2. La recepción del negacionismo en el Derecho internacional.	193
§3. El delito de negacionismo en el Derecho comparado interno de los Estados.....	199
§4. El delito de Negacionismo en América Latina	208
§5. Breve conclusión	221

Capítulo V. Libertad de expresión en el derecho constitucional. <i>Por Leandro Picado y Martiniano Greco</i>	223
§1. Introducción	223
§2. Nociones sobre la libertad de expresión y opinión.	224
§3. Análisis del conflicto vinculado a la libertad de expresión y a los delitos de odio.	226
§4. Nuestra conclusión.....	232
 Capítulo VI. Conclusiones. <i>Por José Ignacio G. Pazos Crocitto</i>	235
§1. El enfoque a problematizar	235
1.1. Alguna precisión conceptual	238
§2. El marco epistémico de la conducta	241
2.1. Los discursos de odio	243
2.2. Planteos negacionistas	248
2.3. Apología y negacionismo	249
§4. El marco normativo en la materia	257
§5. El bien jurídico tutelado	290
§6. Conclusiones.....	295
 Bibliografía.....	325
Notas	333

Libertad de expresión en el derecho constitucional.

Autores: Leandro Sergio Picado y Martiniano Greco.

Sumario: I. Introducción. II. Nociones sobre la libertad de expresión y opinión. III. Análisis del conflicto vinculado a la libertad de expresión, opinión y los delitos de odio. IV. Nuestra conclusión.

I.- Introducción.

La libertad de expresión es un derecho fundamental que garantiza a los individuos la posibilidad de manifestar sus ideas, opiniones y creencias sin temor a represalias, considerado un pilar esencial de las democracias modernas, ya que permite el libre intercambio de ideas, fomenta la pluralidad y promueve el debate público. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y, en ocasiones, se enfrenta a la necesidad de equilibrarse con otros valores fundamentales, como la dignidad y la igualdad.

John Stuart Mill argumenta que la libertad de expresión es crucial para el progreso individual y social, afirmando que el libre intercambio de ideas es el mejor mecanismo para acercarse a la verdad. Mill sostiene que incluso las opiniones más impopulares o aparentemente erróneas deben ser protegidas, ya que su confrontación con otras ideas permite a la sociedad corregir sus errores y alcanzar un conocimiento más completo¹.

Por otro lado, autores como Ronald Dworkin han señalado que la libertad de expresión debe ser equilibrada con otros derechos, especialmente el derecho a la igualdad, pues aunque aquella resulta esencial para una democracia vibrante, no puede ser utilizada como una

¹ MILL, John Stuart, 1859. *On Liberty*. London, 1859, John W. Parker and Son.

herramienta para perpetuar la desigualdad o para deshumanizar a ciertos grupos. Dworkin sugiere que el Estado tiene la responsabilidad de intervenir en casos donde el discurso fomente el odio o la discriminación².

Este conflicto o tensión entre la libertad de expresión y el discurso de odio ha sido abordado en diferentes sistemas legales.

Así, en Estados Unidos la libertad de expresión se protege de manera casi absoluta bajo la Primera Enmienda de la Constitución, incluso cuando el discurso es ofensivo o controvertido. En Canadá, la promoción deliberada del antisemitismo es ilegal, penándose con prisión de no más de 2 años a quien promueva deliberadamente el antisemitismo al condonar, negar o minimizar el Holocausto.

Tanto la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa (CdE) y la Unión Europea (UE) propiciaron a que los estados miembros legislen sobre el negacionismo, proscribiendo la su apología. En tal sentido Italia, Francia, España, Suiza, Alemania Austria, Bélgica, República Checa, Liechtenstein, Letonia e Israel han legislado sobre el tema, prohibiéndose la negación del Holocausto o Shoá y otros tipos de discurso que inciten al odio, reconociendo que tales expresiones no solo ofenden a las víctimas, sino que también amenazan la cohesión social y los valores democráticos.

Por su parte, aunque en el Reino de los Países Bajos el negacionismo no está considerado ilegal, de manera expresa, su Corte Suprema y otros

² DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996.

tribunales han sentenciado que es una forma de propagar el odio y por lo tanto un delito.

Cass Sunstein, argumenta que la libertad de expresión debe ser protegida, pero también debe ser regulada para evitar que el discurso se convierta en una herramienta de exclusión. Sunstein destaca que el Estado debe intervenir para equilibrar la libertad de expresión con la protección de la dignidad y la igualdad, especialmente en contextos donde ciertos grupos pueden ser marginados o silenciados.

En este artículo examinamos la evolución de las teorías sobre la libertad de expresión y el equilibrio necesario entre el derecho a la igualdad y la dignidad, y cómo diferentes sistemas legales han abordado estos desafíos.

Más allá de los adelantos que, de sus ideas, se han consignado, más adelante se analizarán las posiciones de varios autores, incluyendo a John Stuart Mill, Ronald Dworkin, Owen Fiss, Emanuela Fronza, y Cass Sunstein, quienes han ofrecido perspectivas valiosas sobre cómo balancear la libertad de expresión con la necesidad de proteger la dignidad y la igualdad.

II.- Nociones sobre la libertad de expresión y opinión.

La libertad de opinión, concebida como un derecho fundamental reconocido universalmente como parte integral de los derechos humanos, es entendido como el derecho de toda persona a sostener y expresar sus propias ideas y pensamientos, sin interferencias o represalias por parte del Estado o de otros individuos, resultando esencial para el desarrollo personal,

la autonomía individual y la participación activa en la vida pública y democrática.

La libertad de opinión está consagrada en varios tratados internacionales, como el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión" (Naciones Unidas, 1948). Este principio es fundamental para el funcionamiento de una sociedad democrática, ya que permite la diversidad de puntos de vista y fomenta el debate público, elemento clave en la toma de decisiones colectivas.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha subrayado que "nadie puede ser molestado o perseguido por sus opiniones" (Naciones Unidas, 1981, p. 22), destacando que el pensamiento libre es una condición sine qua non para la dignidad humana y la autodeterminación. La libertad de opinión se considera inviolable y, a diferencia de la libertad de expresión, no está sujeta a restricciones. Es decir, mientras que la manifestación de opiniones a través de palabras o actos puede estar regulada por la ley para proteger otros derechos y valores, el simple hecho de sostener una opinión no puede ser legalmente prohibido ni castigado.

Es importante señalar que el quid de la cuestión se observa en la colisión que se produce entre el derecho a la igualdad y a la libertad de

expresión. La protección de la libertad de expresión no significa que todas las formas de expresión de esas opiniones sean igualmente protegidas. Aunque las opiniones en sí mismas no pueden ser sancionadas, la expresión de opiniones que inciten a la violencia, al odio o a la discriminación puede ser legítimamente restringida por el Estado. En ese mismo sentido, así lo estipula el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

John Stuart Mill colige que la libertad de pensamiento y de discusión es esencial no solo porque protege la autonomía individual, sino porque es crucial para el progreso del conocimiento. Para este pensador, suprimir una opinión, aunque sea minoritaria o impopular, es perjudicial, ya que priva a la sociedad de la posibilidad de corregir errores y de alcanzar una comprensión más completa de la verdad³. El autor presenta una defensa de la libertad de opinión como un componente esencial del desarrollo humano y social, siendo la libertad de pensamiento y expresión es crucial no solo para la autonomía individual, sino también para el progreso del conocimiento y la verdad.

Mill argumenta que incluso las opiniones minoritarias o impopulares merecen protección, ya que la supresión de una opinión, por más errónea que parezca, priva a la humanidad de la posibilidad de corregir errores y alcanzar una verdad más completa. En sus propias palabras *"Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una opinión, y solo una persona fuera de la opinión contraria, la humanidad no estaría más justificada en*

³ MILL, John Stuart, ob. cit., p. 19.

silenciar a esa persona que ella, si tuviera el poder, en silenciar a la humanidad", subrayando la importancia de la diversidad de opiniones como una salvaguarda contra la tiranía de la mayoría. En su visión, la verdad no es algo que se posea completamente, sino que se descubre y refina a través del libre intercambio de ideas. Al restringir la libertad de opinión, incluso cuando una opinión es considerada falsa o dañina, la sociedad se priva del desafío intelectual necesario para la evolución del pensamiento. "La peculiaridad del mal que le hacemos a otros al restringir la libertad de opinión es que estamos robando a la raza humana, a la posteridad tanto como a la generación existente; a aquellos que disienten de la opinión, incluso más que a ellos mismos"⁴.

Más adelante, en su obra, postula que *"incluso si una opinión es correcta, será mantenida como un prejuicio, sin comprensión o sentimiento de sus fundamentos racionales, si no se le permite ser desafiada, y la mayoría de quienes la aceptan la mantendrán de forma mecánica y sin un sentido de su significado completo"*⁵, sugiriendo que el valor de una opinión no radica solo en su veracidad, sino en el proceso mediante el cual se la defiende y se la entiende. Si bien la libertad de expresión no es absoluta, cualquier restricción debe estar claramente justificada para evitar la censura injusta. La única excepción es cuando una expresión se convierte en una incitación directa a la violencia o al daño hacia otros, es decir *"cuando la*

⁴ MILL, John Stuart, ob. cit., p. 20.

⁵ MILL, John Stuart, ob. cit., p. 33.

*expresión de una opinión constituye una instigación a un acto delictivo*⁶.

Este matiz refleja el equilibrio entre la libertad y la responsabilidad social.

En resumen, la libertad de expresión es un derecho fundamental que debe ser defendido en casi todas las circunstancias, no solo por el bien del individuo, sino por el progreso y la vitalidad de la sociedad en su conjunto. La restricción de este derecho sólo debe ocurrir en casos extremos donde el daño directo e inminente a otros es evidente, y cualquier otra limitación sería un obstáculo para el desarrollo intelectual y moral de la humanidad.

En este sentido, la libertad de opinión es vista como un derecho absoluto en cuanto a la tenencia de ideas, pero la expresión de esas ideas debe estar en armonía con otros derechos fundamentales, como la protección contra la discriminación y el respeto a la dignidad humana. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido consistentemente que *"el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad abierta, sin los cuales no existe una 'sociedad democrática', son valores que justifican ciertas restricciones a la manifestación de opiniones que puedan incitar al odio o la violencia"*⁷.

III.- Análisis del conflicto vinculado a la libertad de expresión y los delitos de odio.

Owen Fiss explora la compleja relación entre la libertad de expresión y el derecho a la igualdad en el contexto de una sociedad democrática. Fiss plantea que, aunque la libertad de expresión es un derecho fundamental que

⁶ MILL, John Stuart, ob. cit., p. 45.

⁷ Handyside vs. The United Kingdom, 1976, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165143>.

debe ser protegido, esta protección no debe ser absoluta cuando dicha libertad se utiliza para perpetuar la desigualdad o incitar al odio. El estado tiene la responsabilidad de intervenir en casos donde el discurso se convierte en un medio de exclusión y opresión, especialmente cuando dicho discurso daña a grupos vulnerables o minoritarios⁸.

Los discursos de odio no solo tienen un impacto negativo en las víctimas directas, sino que también erosionan los valores fundamentales de igualdad y justicia que sostienen una sociedad democrática. Estos discursos, pueden deshumanizar y silenciar a ciertos grupos, impidiendo su plena participación en la vida pública y, por ende, debilitando la democracia misma. Por lo tanto, abogamos por una regulación que, sin sacrificar la libertad de expresión en general, establezca límites claros para evitar que esta libertad sea utilizada como un arma contra la dignidad y la igualdad⁹.

La interpretación clásica de la libertad de expresión que prioriza la no intervención del Estado en el discurso puede ignorar las realidades de poder y desigualdad en la sociedad. Si permitimos que ciertos discursos dañinos proliferen sin restricción puede resultar en la perpetuación de estructuras de poder opresivas que marginan a grupos ya vulnerables. Por ello, defendemos una visión de la libertad de expresión que esté en equilibrio con el deber del Estado de proteger a todos los ciudadanos contra el discurso que busca degradar o excluir.

⁸ FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999, p. 23.

⁹ FISS, Owen, op. cit. p. 45.

Por su parte, en el contexto de la libertad de expresión, Dworkin sostiene que este derecho es esencial para mantener una sociedad democrática y pluralista. Una democracia vibrante requiere un espacio donde todas las voces puedan ser escuchadas y donde las ideas, incluso las más controvertidas, puedan ser debatidas libremente, siendo la libertad de expresión es una condición sine qua non para la autodeterminación individual y colectiva. Es a través del libre intercambio de ideas que los ciudadanos pueden formar sus opiniones, participar en el proceso democrático, y contribuir al bien común¹⁰. Sin embargo, también reconoce que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Aunque el principio de no interferencia estatal es central en la teoría liberal clásica, el estado tiene una responsabilidad en proteger a sus ciudadanos de ciertos tipos de discursos que pueden causarles daño significativo; este es especialmente el caso de los discursos de odio, que no solo ofenden, sino que también buscan despojar a individuos o grupos de su dignidad e igualdad ante la ley¹¹. Cuando el discurso se convierte en una herramienta para perpetuar la desigualdad y la discriminación, el Estado no solo tiene el derecho, sino también la obligación de intervenir¹².

En este sentido, aparece como deseable que, en tales particulares, especiales y graves circunstancias, exista un equilibrio entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, pues la dignidad de los individuos y su derecho a ser tratados con respeto son valores que deben

¹⁰ DWORKIN, R., op. cit., p. 21.

¹¹ DWORKIN, R., op. cit., p. 34.

¹² DWORKIN, R., op. cit., p. 48.

ser. En este orden de ideas, se argumenta que la prohibición de discursos de odio puede ser justificada si se demuestra que tales discursos socavan la capacidad de los individuos para participar plenamente en la vida pública o si perpetúan estructuras de opresión que violan el principio de igualdad¹³.

Es evidente que Dworkin se distancia de aquellas posturas absolutamente permisivas de todo tipo de discursos, inclusive de aquellos que devienen extremadamente ofensivos en nombre de la libertad¹⁴.

En este lineamiento, aparecen como rechazables aquellas ideas que, con el fundamento de la protección a ultranza de la libertad de expresión, tienen por resultado proteger discursos de odio que, de manera deliberada, deshumanizan o degradan a individuos o grupos de individuos, particulares o vulnerables, que resultan discriminados, marginados, humillados, perseguidos o violentados, en función de cuestiones étnicas, raciales, políticas, de nacionalidad, género, religión, orientación sexual u otras formas de identidad. Como se puede deducir, con facilidad, estos discursos de odio, toda vez que constituyen actos de violencia o incitación al odio, representan un desafío para la teoría liberal tradicional. Aunque la libertad de expresión es crucial, no debe ser utilizada como una justificación para permitir la perpetuación de la violencia simbólica o física contra personas que son vulnerables a la discriminación. La intervención estatal en estos casos debe ser cuidadosamente calibrada para no convertirse en una forma de censura generalizada, con intervención específica y dirigida únicamente a aquellos

¹³ DWORKIN, R., op. cit., p. 61.

¹⁴ DWORKIN, R., op. cit., p. 79.

discursos que claramente violan los derechos fundamentales de otros. En otras palabras, la libertad de expresión debe ser protegida y promovida, pero no a expensas de otros derechos igualmente importantes¹⁵.

La visión de Dworkin desafía las concepciones más absolutas de la libertad de expresión, impulsando a buscar un equilibrio justo en el tratamiento de los derechos en una sociedad pluralista, dentro de la cual la libertad de expresión es un derecho fundamental para la democracia, aunque no puede ser interpretado con absolutez, debiendo ser equilibrado con el derecho a la igualdad y la dignidad, lo que a veces requiere la intervención del Estado para prevenir que ciertos discursos dañinos minen estos valores esenciales¹⁶.

El doctrinario en estudio aborda los delitos de odio desde la perspectiva de la justicia y la igualdad, analizando cómo estos actos representan una amenaza directa a los principios fundamentales de la dignidad y el respeto mutuo en una sociedad democrática. Los delitos de odio son más que simples actos de violencia o discriminación; son ataques simbólicos que buscan deshumanizar a los individuos y privarlos de su igualdad ante la ley. Los delitos de odio no solo afectan a las víctimas directas, sino que también envían un mensaje de intimidación y exclusión a toda la comunidad a la que pertenece la víctima, impactando profundo en la cohesión social y en la percepción de seguridad de los grupos marginados, por lo que la función del Estado es proteger a sus ciudadanos de este tipo de

¹⁵ DWORKIN, R., op. cit., p. 103.

¹⁶ DWORKIN, R., op. cit., p. 116.

agresiones, asegurando que todos los individuos puedan vivir con dignidad y seguridad, independientemente de su raza, etnia, religión, nacionalidad, pensamiento político, género u orientación sexual.

Entendemos que es improponible la postura de aquellos defensores absolutistas de la libertad de expresión que sostienen que todos los discursos, incluso los de odio, deben ser protegidos para garantizar un debate libre y abierto, pues cuando el discurso en cuestión tiene como objetivo despojar a otros de su dignidad y su derecho a la igualdad, promoviendo la marginación, la discriminación, la humillación o la violencia, es decir cuando el discurso se convierte en una herramienta de opresión y exclusión, el estado debe intervenir.

La criminalización de los delitos de odio, en tanto remedio para mantener el equilibrio entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, debe ser considerada de manera excepcional, con suma prudencia y rigurosa razonabilidad, pues no puede constituirse en una manera solapada para la erradicación de ideas u opiniones distintas a las que postulan los gobiernos de turno o factores de poder, promoviéndose la instalación de regímenes autocráticos y la persecución de pensadores, comunicadores, críticos u opositores, hiriéndose de muerte al estado de derecho, la república y a la democracia, no solo como forma de gobierno, sino como estilo o forma de vida.

Siguiendo el análisis que realiza Dworkin, observamos cómo los delitos de odio revelan las fallas en las estructuras sociales y legales que

permiten la discriminación y la violencia contra ciertos grupos. Es por lo que la ley debe evolucionar para abordar estas desigualdades estructurales, asegurando que todas las personas, independientemente de su origen o identidad, estén protegidas contra la violencia y la discriminación¹⁷.

Entendemos que una sociedad verdaderamente democrática debe estar dispuesta a tomar medidas y acciones positivas contra los delitos de odio para proteger la dignidad y los derechos de todos sus ciudadanos, las que consisten, en primera instancia, de manera sustancial y mayoritariamente, en un compromiso activo con la instalación de sistemas permanentes de educación, concientización y para generar replicadores en las generaciones futuras, despertar alertas frente a la ocurrencia de tales discursos, previniendo el acaecimiento de todo actor de toda forma de violencia consistente en marginación, discriminación, humillación o ataques contra los individuos, sus propiedades o contra los grupos que integran y sus propiedades. Luego, como última ratio, la criminalización de estos discursos.

Fronza entiende que el negacionismo no es solo una forma de discurso de odio, sino también un ataque deliberado contra la memoria histórica y el pacto ético-social que fundamenta las democracias modernas. Desde su perspectiva, la negación de hechos atroces como el Holocausto constituye una violación grave del deber de recordar, un deber que es esencial para evitar la repetición de tales atrocidades en el futuro¹⁸.

¹⁷ DWORKIN, R., op. cit., p. 192.

¹⁸ FRONZA, Emanuela, *¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria*, Giuffrè Editore, 2011, p. 45.

La criminalización del negacionismo es una herramienta legal fundamental para proteger tanto a las víctimas directas de estos crímenes como a la sociedad en general. Cuando se permite que el negacionismo se propague sin restricciones, se pone en peligro la cohesión social y se socavan los valores fundamentales de igualdad y dignidad humana. Esto se debe a que el negacionismo no solo niega la realidad de los crímenes pasados, sino que también deslegitima el sufrimiento de las víctimas y sus descendientes, perpetuando así la injusticia y la discriminación¹⁹. La libertad de expresión, sin regulación adecuada, puede ser utilizada para reescribir la historia y atacar la memoria colectiva. La criminalización del negacionismo, desde su perspectiva, es una medida necesaria para proteger no solo a las víctimas directas, sino también a la sociedad en su conjunto, evitando que ideologías perniciosas se diseminen y socaven los valores de igualdad y dignidad humana. En este sentido, la memoria histórica no es solo un deber moral, sino una herramienta vital para la preservación de la democracia²⁰.

Países como Alemania, Francia y España han implementado leyes que penalizan el negacionismo como una forma de proteger la memoria histórica y prevenir la difusión de ideologías que promueven el odio y la intolerancia. Estas leyes no solo sirven para castigar a los negacionistas, sino que también cumplen una función pedagógica, recordando a la

¹⁹ FRONZA, E., op. cit., p. 62.

²⁰ FRONZA, E., op. cit., p. 62.

sociedad la importancia de la memoria y la historia en la construcción de un futuro basado en la justicia y la igualdad²¹.

En la postura de esta pensadora, en una democracia, el Estado tiene la responsabilidad de proteger no sólo la libertad de expresión, sino también los valores que sustentan la convivencia pacífica y la igualdad. La criminalización del negacionismo, desde su punto de vista, es un reflejo de este deber estatal, ya que busca prevenir que discursos peligrosos erosionen los principios democráticos. Estas normas jurídicas son un medio necesario para salvaguardar la dignidad humana y asegurar que las atrocidades del pasado no se repitan. La criminalización del negacionismo, por lo tanto, no es solo un acto de justicia hacia el pasado, sino una defensa activa de los valores de igualdad y dignidad que son esenciales para cualquier sociedad democrática²².

Ahora bien, realizando un análisis sobre la evolución de la teoría liberal decimonónica de la libertad de expresión, entendemos que aquí surgen los desafíos inherentes a la necesidad de equilibrar la protección de este derecho fundamental con otras obligaciones del Estado, como la protección contra el discurso de odio y la promoción de la igualdad. Sostiene Ansuategui Roig que este equilibrio es especialmente delicado porque, si bien es crucial mantener la libertad de expresión como un pilar de la democracia, también es necesario evitar que esta libertad sea utilizada de

²¹ FRONZA, E., op. cit., p. 93.

²² FRONZA, E., op. cit., p. 135.

manera que perpetúe la desigualdad o silencie a los sectores más vulnerables de la sociedad²³.

El reto radica en cómo el Estado puede intervenir de manera efectiva para prevenir los abusos de la libertad de expresión, sin caer en la tentación de restringirla de manera excesiva. Esto es especialmente relevante en contextos donde el discurso de odio, por ejemplo, no solo ofende a las víctimas directas, sino que también tiene el potencial de desestabilizar el tejido social al perpetuar la discriminación y la exclusión. La regulación de la libertad de expresión debe ser lo suficientemente flexible como para proteger a la sociedad contra estos peligros, pero también lo suficientemente respetuosa como para no limitar indebidamente el derecho a expresarse libremente²⁴.

Sostiene, entonces, que es fundamental para que la libertad de expresión cumpla verdaderamente su función en una democracia, es necesario que exista un entorno mediático plural y diverso. Esto no solo garantiza que diferentes puntos de vista puedan ser escuchados, sino que también previene la manipulación del discurso público por intereses particulares que puedan tener la capacidad de controlar grandes porciones de los medios de comunicación. La promoción del pluralismo mediático, por tanto, es vista como un componente esencial para el funcionamiento saludable de la democracia, asegurando que todas las voces, especialmente

²³ ANSUATEGUI ROIG, Francisco, "Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión" en Anuario de Derechos Humanos N° 6, 1990, p. 20.

²⁴ ANSUATEGUI ROIG, F. op. cit., p. 20.

las de los grupos más vulnerables, tengan una oportunidad justa de ser escuchadas²⁵.

Es necesario un equilibrio cuidadoso entre la protección de la libertad de expresión y la promoción de la igualdad y el pluralismo. Un discurso público robusto y plural es crucial para la salud de la democracia, ya que permite que las ideas compitan y evolucionen, promoviendo un entorno donde los ciudadanos puedan tomar decisiones informadas. Sin embargo, se advierte que no todo discurso contribuye positivamente a este proceso; en particular, se identifican el discurso de odio y la discriminación como amenazas significativas que, en lugar de enriquecer el debate público, lo corrompen al deshumanizar a ciertos individuos o grupos, establecer o perpetuar la desigualdad, y promover la violencia contra ellos. Si el estado permite que tales discursos florezcan sin restricción puede socavar los mismos principios de igualdad y dignidad que son fundamentales para la democracia²⁶.

En este estado de ideas y de realidades, aparece como necesario la promoción de un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad en el ámbito del debate público, que implique la protección vigorosa de libertad de expresión, empero, asimismo, condenando aquellos discursos que inciten al odio, a la violencia o perpetúen la marginación, la humillación y la discriminación. La intervención estatal no debe erigirse como una limitación indebida de la libertad, sino como una protección necesaria para asegurar

²⁵ ANSUATEGUI ROIG, F. op. cit., p. 21.

²⁶ SUNSTEIN, Cass, *Democracy and Freedom of Speech. The Free Press*, 1995, p. 39.

que el discurso público no alimente la discordia y la violencia, atentando contra el estado de derecho y la democracia, como forma de gobierno y estilo de vida fundamental.

Para Sunstein, es importante analizar los contextos específicos al considerar las restricciones al discurso. Por ejemplo, en situaciones donde ciertos grupos están históricamente marginados, permitir discursos que los degraden puede reforzar estas desigualdades y dificultar su plena participación en la vida pública. En tales casos, la regulación del discurso es una herramienta legítima para nivelar el campo de juego y asegurar que todos los ciudadanos tengan una voz en la democracia²⁷ (*Sunstein, 1995, p. 66*).

Una democracia debe proteger no sólo la libertad de expresión, sino también la calidad del discurso. Esto significa que el Estado puede tener un rol activo en promover la diversidad de opiniones y asegurar que el debate público no sea dominado por unos pocos con recursos desproporcionados.

Oscar Pérez de la Fuente examina el delicado equilibrio entre la libertad de expresión y la regulación del discurso de odio, comparando las aproximaciones legales de Estados Unidos y Alemania. Su análisis se centra en cómo cada sistema legal aborda las tensiones inherentes a la protección de la libertad de expresión y la necesidad de prevenir los daños que pueden surgir del discurso que incita al odio, subrayando que estas diferencias en la regulación del discurso de odio reflejan no sólo variaciones jurídicas, sino

²⁷ SUNSTEIN, C., op. cit., p. 66.

también profundas diferencias culturales que influyen en la manera en que las sociedades entienden y valoran la libertad de expresión y la dignidad humana²⁸.

El enfoque norteamericano tiende a privilegiar la libertad de expresión casi de manera absoluta, bajo el principio de que todas las ideas, incluso las más ofensivas o peligrosas, deben ser expuestas y debatidas libremente en el "mercado de ideas". Este enfoque se basa en la creencia de que la mejor manera de contrarrestar el mal discurso es a través de más discurso, no mediante la censura. Sin embargo, este modelo tiene sus limitaciones, especialmente cuando se trata de proteger a grupos vulnerables de discursos que pueden incitar al odio y la violencia²⁹ (*Pérez de la Fuente, 2010, p. 98*).

Por otro lado, el sistema legal alemán adopta una postura más restrictiva en lo que respecta al discurso de odio, reflejando una historia marcada por los abusos del nazismo y el Holocausto. En Alemania, la libertad de expresión no se considera un derecho absoluto cuando entra en conflicto con otros valores fundamentales como la dignidad humana y la paz social, por lo que la ley alemana establece límites claros para prevenir que el discurso de odio tenga espacio en el debate público, considerando que tales discursos no solo ofenden, sino que también desestabilizan la sociedad al promover la discriminación y la violencia³⁰.

²⁸ 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, p. 92.

²⁹ PEREZ DE LA FUENTE, O., op. cit., 98.

³⁰ PEREZ DE LA FUENTE, O., op. cit., 104.

Las diferencias culturales e históricas influyen en la definición y regulación del lenguaje ofensivo en cada contexto legal. Mientras que en Estados Unidos la libertad de expresión se ve como un pilar esencial de la democracia, incluso a costa de permitir discursos extremadamente ofensivos, en Alemania, la experiencia histórica ha llevado a un enfoque más cauteloso y regulado. Estas diferencias reflejan las distintas prioridades que cada sociedad ha establecido entre la libertad de expresión y la protección contra el discurso de odio.

Estas diferencias no solo son jurídicas, sino que están profundamente arraigadas en la cultura política de cada país. En Estados Unidos, el discurso se considera un derecho casi sacrosanto, protegido incluso cuando resulta en daños potenciales, bajo la premisa de que la intervención estatal en el discurso es más peligrosa que el discurso mismo. En contraste, en Alemania, el Estado tiene un papel más activo en la regulación del discurso para prevenir que se repitan los horrores del pasado.

Ambos sistemas tienen fortalezas y debilidades, el desafío consiste en encontrar un equilibrio que respete la libertad de expresión sin permitir que esta se convierta en una herramienta de opresión y odio.

IV.- Nuestra conclusión.

Entendemos que la libertad no se reduce a un derecho, es la expresión vital, la manifestación constitutiva del ser, siendo consustancial con la naturaleza del ser humano y definitoria de éste como persona. Por lo tanto, la libertad de pensamiento y, como exteriorización voluntaria y

consciente de ella, la expresión de esas ideas y de opinión, resultan derechos fundamentales que deben ser reconocidos y ampliamente garantizados en su ejercicio, pues, además, resultan ser los pilares más sólidos sobre los que se asientan la república, la democracia -tanto como superior forma de gobierno y como mejor estilo de vida- y el Estado de Derecho.

Dentro de este marco, el ejercicio de la libertad de expresión y de opinión no pueden implicar que su utilización carezca de consecuencias cuando por su intermedio se vulneran gravemente otros derechos fundamentales y que, en aras de la protección a ultranza y sin condicionamientos de los valores enunciados, se permita la utilización de ciertos discursos como medio para, deliberadamente, instalar, propagar y perpetuar el odio, promoviendo la deshumanización, la degradación y la opresión de individuos o grupos de ellos, marginados y/o vulnerables, que resultan discriminados, humillados, perseguidos o violentados, en función de cuestiones étnicas, raciales, políticas, de nacionalidad, género, religión, orientación sexual u otras formas de identidad.

No podemos soslayar que, en la actualidad, la cuestión analizada es atravesada por un desafío sin precedentes, consistente en el impacto de las nuevas tecnologías y las llamadas redes sociales. Por un lado, las plataformas digitales han ampliado enormemente las posibilidades de expresión, permitiendo que cualquier persona con acceso a internet pueda compartir sus ideas con una audiencia global, aunque este aumento de la

libertad de expresión también ha dado lugar a problemas como la difusión de noticias falsas, la radicalización en línea y la propagación de discursos de odio. Por otra parte, que detrás de la utilización de dichas redes sociales, existe manipulación y direccionamiento de la información que se propaga, existiendo un sistema oligopólico o de concentración de la mayoría del tráfico mundial total web en pocas megaempresas globales difusoras de servicios y contenidos. No debe perderse de vista que “La internet horizontal que nació con espíritu igualitario de comunicación uno a uno murió hace tiempo. Hoy solo seis empresas generan más de la mitad del tráfico mundial de datos en la web –56%– y ya no es más un medio de comunicación donde todos iban a emitir y recibir sino otro donde seis emiten y varios miles millones de personas reciben, con mucha más concentración que ninguna otra época en la historia de la comunicación”³¹.

Ahora bien, como ya lo hemos aseverado, en una sociedad sustentada en una democracia real y plena, en la que rija sin cortapisas un estado liberal de derecho, la criminalización debe aparecer como una última ratio, instalada de manera excepcional, con estricto ajuste a criterios rigurosos de oportunidad, prudencia, razonabilidad y extensión de la punición, puesto que un Estado verdaderamente democrático y republicano debe, en primer lugar, sin ambages ni claudicaciones, tomar medidas y acciones positivas contra los delitos de odio, consistentes en un compromiso activo con la instalación de sistemas permanentes de educación,

³¹

https://www.msn.com/es-ar/noticias/argentina/influencia-de-internet-en-el-ascenso-de-la-derecha/ar-AA1q8RnZ?ocid=nl_article_link.

concientización y de generación de educadores y replicadores en las generaciones futuras, que instalen alarmas y despierten alertas frente a la ocurrencia de tales discursos, previniendo el acaecimiento de cualquier forma de violencia simbólica o física, consistente en marginación, discriminación, humillación o ataques contra los individuos, sus propiedades o contra los grupos -que tales individuos integran- y las propiedades del grupo.

Reiteramos que la criminalización de los delitos de odio, en tanto remedio para mantener el equilibrio entre la libertad como elemento consustancial del ser humano como persona, la libertad de pensamiento, de expresión y de opinión como exteriorización de aquella, y otros derechos que son fundamentales, debe ser considerada de manera excepcional, con suma prudencia y rigurosa razonabilidad, pues de evitarse que se constituya en una manera solapada para la erradicación de ideas u opiniones distintas a las que postulan los gobiernos de turno o factores de poder, promoviéndose la instalación de regímenes autocráticos y la persecución de pensadores, comunicadores, críticos u opositores, hiriéndose de muerte al estado de derecho, la república y a la democracia, no solo como forma de gobierno, sino como estilo o forma de vida.