

“EL ESTADO Y JUEZ HISTORIADOR: LA PROBLEMÁTICA DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL NEGACIONAMISMO”

Darío Alexis Alcarraz Alejos

Estudiante de Pregrado Derecho USMP

dario_alcarraz@usmp.pe

Sumario:

- I. Introducción
- II. Breve inducción al concepto del derecho a la verdad y la memoria
- III. El riesgo de la verdad oficial para la memoria
- IV. La judicialización de la historia
- V. Legislación comparada y debates constitucionales en Europa y América Latina
- VI. Legislación negacionista en España y Perú
- VII. Conclusiones
- VIII. Fuentes de información

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la relación entre la memoria histórica y el derecho, partiendo del reconocimiento del derecho a la verdad como categoría autónoma desarrollada en la jurisprudencia interamericana y vinculada a la dignidad. Sobre esta base, se examinará cómo la memoria se configura como un deber colectivo de recordar y conmemorar, así como los riesgos que supone la intervención del Estado en la fijación de verdades oficiales con fines políticos.

Abordaremos entonces la tensión existente entre memoria y negacionismo, destacando el peligro de que este último genere el cumplimiento de sentencias internacionales y termine por lesionar el respeto debido a las víctimas. Analizaremos brevemente el impacto de las leyes de memoria y prohibición del negacionismo en el derecho comparado, con especial referencia a la experiencia europea y el debate abierto con la Ley Gayssot de 1990 en Francia, así como a los debates doctrinales sobre la posible conversión del juez en un juez historiador

y las críticas a la memoria como bien jurídico autónomo que justifique la criminalización del negacionismo.

Asimismo, se presentará el panorama peruano, en el que el negacionismo no ha llegado a consolidarse como tipo penal, pero que ha logrado contrastarse en mínima medida con la regulación de la apología al terrorismo y los criterios de interpretación constitucional que han delimitado sus alcances. Finalmente, se revisarán las posiciones doctrinales que defienden la posibilidad de criminalizar el negacionismo siempre que la memoria protegida se limite a hechos probados judicialmente, proponiéndose una reflexión sobre la viabilidad de este enfoque frente a los riesgos de arbitrariedad señalados por la doctrina crítica.

II. BREVE INDUCCIÓN AL CONCEPTO DEL DERECHO A LA VERDAD Y LA MEMORIA

Para comprender el tratamiento de la memoria histórica es indispensable partir del derecho a la verdad, cuyo origen en la jurisprudencia de la Corte IDH se ubica en el contexto de violencia de los años ochenta en América, cuando regímenes dictatoriales y militares operaban sin controles efectivos (Buergenthal, 2004, p. 11). Los primeros casos de desaparición forzada en Honduras marcaron la conceptualización inicial de este derecho, definido como “*el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos*” (*Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 181). Aunque en principio se vinculó únicamente a desapariciones forzadas (Ferrer Mac-Gregor & Góngora Maas, 2019, p. 15), su alcance se amplió a ejecuciones extrajudiciales, negligencias y abusos de autoridad.

En su desarrollo jurisprudencial, la Corte IDH ha reconocido el derecho a la verdad como derivado de los artículos 8 y 25 de la CADH, ante la falta de un fundamento normativo expreso más allá de principios de *soft law* y el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra. Sin embargo, recién en el caso *Gomes Lund vs. Brasil* (2010) se declaró por primera vez la violación autónoma de este derecho. Ello, aunque intentos previos como el caso *Castillo Páez vs. Perú* (Pág. 22, párr 86), mostraron la resistencia del tribunal a reconocerlo de forma independiente.

El Tribunal Constitucional peruano, en la STC 02488-2002-HC/TC, sí lo reconoció como derecho fundamental autónomo, destacando tanto su dimensión individual, que abarca no solo a la víctima y familiares, sino también a allegados, como su dimensión colectiva, que garantiza el acceso de la sociedad a la verdad como un medio de consolidación democrática que se identifica también como una respuesta a su deber de recordar, (Castillo-Córdova, 2013, p. 10). Incluso algunos autores plantean una tercera dimensión, la estatal, que implica el deber del Estado de recordar y conmemorar (Reátegui, Barrantes & Peña, 2012, p. 22).

Es en este marco que la memoria aparece como parte constitutiva del derecho a la verdad, estrechamente ligada a los principios de no repetición y reparación integral. Millard (2014, p. 148) distingue entre un derecho de la memoria, entendido como construcción política orientada a que lo pasado no se repita, y un derecho a la memoria, concebido como reparación jurídica frente al daño. Sin embargo, queda una cuestión a dilucidar, relativa al contenido de la memoria protegida, y si es acaso la verdad oficial impuesta por el Estado con fines políticos la que puede conformarla, o si en realidad la desnaturaliza. A efectos de ello podemos entender que su finalidad debe ser el esclarecimiento real de los delitos y la dignificación de las víctimas (Gamio Gehri, 2017, p. 42). Debemos delimitar lo que deberá ser el contenido esencial de la memoria, y para ello es necesario primero comprender lo que está excluido de él, lo que es la fijación histórica del Estado sobre la base política de su actuar, y que iremos definiendo a lo largo de este estudio, la verdad oficial.

III. EL RIESGO DE LA VERDAD OFICIAL PARA LA MEMORIA

¿Por qué necesitamos definir el contenido de la memoria? Para que su protección pueda verse tutelada sin dilaciones como un bien jurídico protegido, un bien jurídico del delito de negacionismo. Lo anterior no podría ser aplicable en tanto exista un régimen de verdades oficiales impuestas por valor político, pues conduciría a un contenido indeterminado de la memoria que no justificaría la limitación de derechos que devendría de su protección.

Para eso, comprendamos que hablar sobre derecho nos remite a otras ciencias sociales auxiliares, desde la psicología y la sociología hasta la historia y la economía. Es una rama transversal que necesita de otras para nutrirse de contenido y sobrevivir en un mundo en

constante cambio y evolución, dependiendo del nivel de importancia que una ciencia pueda tener, es que en el derecho tendrá algún efecto, como puede bien suceder con la historia.

Como bien acotaba el maestro Paolo Grossi (2003), una de las labores del historiador del derecho es la de “ser la conciencia crítica del estudioso del derecho positivo, descubriéndole la complejidad de aquello que en su visión unilateral puede parecerle simple (...)” (pág. 15). De esta forma, el historiador del derecho y el jurista, aunque comparten un mismo fin y campo dentro del cual se desenvuelven, no pueden interrumpir simultáneamente su labor.

Si partimos de la premisa sobre la que un historiador del derecho no puede usurpar funciones legislativas o judiciales, del mismo modo un abogado o un académico del derecho no podría usurpar la función historiadora. Todo ello bien debería poderse aplicar al Estado, pues consideramos que es fundamental evitar que el matiz político se disfrace de legitimidad popular para influir en los procesos de estudio que buscan determinar la memoria histórica, dado que ello implicaría el riesgo de construir una verdad oficial no acorde a lo corroborado o inclusive contraria a ello, y que se pretenda que su protección sea justificante para limitar la libertad de expresión de forma arbitraria.

Cabe aclarar que cuando hablamos de un Estado historiador, nos referimos a uno que busca perennizar su versión de la historia, por medio de la ley, por medio de la política, aspectos que en un Estado constitucional de derecho son nocivos para una correcta reconciliación y transición. Así, recogemos la postura de Sergio Romano (2010) cuando señala en su columna del diario *Corriere della Sera* que las investigaciones históricas no deben de ser combatidas por medio de sentencias, sino con otras investigaciones¹, dado que esta labor no debe verse perseguida o restringida por un Estado que fija una verdad.

¹ Aclaremos que en cuanto al término sentencias en la presente cita, intentamos entender todo actuar del Estado, en tanto ese es el espíritu del mensaje del autor, manifestando una preocupación por la práctica de los parlamentos en 2005 de fijar hechos históricos y perseguir legalmente a los pensadores e historiadores que lo observaban, pues “En un estado libre, no le corresponde a ninguna autoridad política definir la verdad histórica ni restringir la libertad del historiador bajo amenaza de sanciones penales”. Ello no es entonces tan relativo a la fijación de hechos por vía jurisdiccional, puesto que como ya hemos visto, la sentencia resulta en el único medio legítimo para establecer una verdad adecuada.

IV. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA HISTORIA

La discusión surge con la Ley Gayssot de 1990 en Francia, que reconoció el Holocausto y penalizó la negación de genocidios en la Ley de Libertad de Prensa, seguida por otras leyes memoriales como la del genocidio armenio (2001) o la ley Taubira (2001) (Garcés Gonzáles, 2020, p. 123). Sus críticos advertían que estas normas impedían el trabajo de los historiadores y obligaban al juez a interpretar la historia (Garibian, 2009, p. 2).

Emanuela Fronza distingue entre leyes de memoria, de carácter conmemorativo, y el negacionismo, que impone un *hard law* de recordar de determinada manera (2011, p. 103). Para ella, penalizar la negación o incluso el revisionismo judicializa la historia, pues el juez y el historiador operan con métodos distintos: mientras el primero debe decidir con rapidez y bajo el principio *in dubio pro reo*, el segundo puede reinterpretar continuamente los hechos. De ahí el riesgo de convertir la verdad histórica en verdad oficial y de imponer una única versión del pasado.

Fronza concluye que el negacionismo no justifica la intervención penal, pues bienes como la paz pública o la seguridad nacional resultan difusos y la memoria no puede erigirse en bien jurídico autónomo, ya que nadie tiene un deber jurídico de aceptarla (2011, p. 140). Sancionar penalmente el negacionismo equivaldría a transformar al juez en juez de la historia y restringir indebidamente la libertad de pensamiento.

Esto se refleja en que, salvo excepciones, en América Latina no se criminaliza el negacionismo, sino solo la apología, justamente para evitar que las leyes se conviertan en mordaza o en persecución de opiniones (Alvear, 2020, p. 60). Situación distinta a lo que sucede en Europa.

V. LEGISLACIÓN COMPARADA Y DEBATES CONSTITUCIONALES EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

En Europa, varios países sancionan penalmente el negacionismo de genocidios y crímenes de lesa humanidad, en especial del Holocausto. Francia, con la Ley Gayssot de 1990, modificó la Ley de Libertad de Prensa para castigar con prisión y multa la negación de crímenes contra la humanidad reconocidos judicialmente, incorporando además medidas

simbólicas (publicación de la sentencia). Alemania, mediante el art. 130 de su Código Penal (1974), impuso hasta cinco años de prisión o multa por negar o trivializar los crímenes nazis cuando se perturbe el orden público.

Italia (Legge 115, 2016) y Portugal (art. 240, 1995) condicionan la sanción a que exista incitación al odio o riesgo concreto de difusión, con penas de hasta seis años. Grecia (Ley 927/1979, reformada en 2014) limita la punibilidad a supuestos que inciten al odio o la violencia, mientras que Lituania (art. 170.2, 2000) establece hasta dos años de prisión o multa, incluso para personas jurídicas, cuando la conducta resulte ofensiva o altere el orden público.

En la República Checa (art. 405, 2009) y en Eslovaquia (arts. 422-422D, 2025), se sanciona con hasta tres años de prisión la negación o justificación de genocidios o crímenes contra la humanidad reconocidos judicialmente; en este último país también se penaliza el uso de símbolos extremistas. Bulgaria (art. 419a, 1968) prevé entre uno y cinco años de prisión cuando exista riesgo de incitación al odio o violencia.

Sin embargo, he aquí una cuestión preocupante que tanto observaba Fronza, como lo es la ambigüedad de las normas mencionadas y sus bienes jurídicos, pues adicionalmente a ello, se puede evidenciar también que se basan únicamente en la negación de crímenes de lesa humanidad o de genocidio sin precisar qué es lo que determinará el contenido de esa negación. Es decir, ¿Será negacionista cuestionar o negar lo que se dice políticamente de esos crímenes, o solo lo que haya sido probado en juicios? Más allá de lo que luego cada órgano de control constitucional o corte penal haya dicho en sus respectivos países sobre ello, es la formulación legal la que genera tal preocupación por su grado de indeterminación.

VI. LEGISLACIÓN NEGACIONISTA EN ESPAÑA Y PERÚ

En España, el art. 607.2 del Código Penal sancionaba la difusión de ideas que negasen o justificasen el genocidio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante la STC 235/2007, declaró inconstitucional la expresión “nieguen o”, al considerar que prohibir la mera difusión de conclusiones históricas afectaba la libertad científica y que no toda negación genera hostilidad hacia las víctimas. Para el Tribunal, el debate histórico forma parte de la

construcción de la memoria colectiva, por lo que añadir a la norma un requisito de “hostilidad” excedería sus competencias (STC 235/2007, p. 21).

En Perú, el Proyecto de Ley N.º 1464/2012-PE intentó tipificar el negacionismo, pero lo limitó a la aprobación o negación de actos de terrorismo (DL 25475), sin incluir la responsabilidad estatal reconocida por la CVR y sentencias posteriores. En cambio, se consolidó el delito de apología al terrorismo, interpretado por el Tribunal Constitucional bajo criterios como: que la apología recaiga sobre delitos ya cometidos, sobre personas condenadas, y que la exaltación pueda alcanzar a un público indeterminado, afectando las reglas democráticas (Vanossi, 2014, p. 126). Mientras el Tribunal Constitucional Español rechazó interpretaciones aditivas contrarias al tenor literal, el peruano ha admitido perfeccionar el tipo penal en defensa del sistema democrático (Proyecto de Ley N.º 714/2016-CR, p. 13).

La doctrina refleja la dificultad de consensuar la criminalización del negacionismo. Garibian (2009, p. 5) sostiene que el Parlamento solo constata hechos previamente probados, y Millard (2014, p. 147) que las leyes de memoria son legítimas si parten de procesos judiciales que acrediten los hechos. Ello permitiría criminalizar el negacionismo sin caer en la imposición de una “verdad oficial”. Así, la tipificación sería legítima solo respecto de hechos probados y aceptados socialmente, de modo que la memoria pueda tutelarse como bien jurídico sin los riesgos advertidos por Fronza.

VII. CONCLUSIONES

El análisis realizado permite afirmar que la relación entre memoria histórica y derecho se construye sobre el reconocimiento del derecho a la verdad como categoría autónoma, cuya dimensión individual y colectiva impone al Estado el deber de garantizar el recuerdo y la dignificación de las víctimas. Sin embargo, este deber se enfrenta al riesgo de que el poder político utilice la memoria como un instrumento para imponer verdades oficiales, desnaturalizando su función reparadora y convirtiéndola en un mecanismo de control ideológico.

La experiencia europea demuestra que la criminalización del negacionismo surge como respuesta a la obligación moral de proteger la memoria del Holocausto y otros genocidios. No obstante, las legislaciones muestran tensiones comunes: la ambigüedad de los bienes jurídicos invocados, el riesgo de judicializar la historia y el peligro de convertir al juez en historiador. La jurisprudencia crítica, especialmente la de Fronza, advierte que la memoria no puede erigirse como bien jurídico autónomo ni justificar, por sí sola, restricciones desproporcionadas a la libertad de expresión.

El caso español ilustra esta tensión, pues el Tribunal Constitucional (STC 235/2007) optó por preservar la libertad científica frente a la prohibición de la mera negación del genocidio, reafirmando que el debate histórico es esencial para la construcción de la memoria colectiva. En contraste, el caso peruano muestra cómo, aunque fracasó el intento de tipificar el negacionismo, se consolidó la apología al terrorismo, interpretada por el Tribunal Constitucional como una forma de proteger el sistema democrático frente a la exaltación de hechos probados y personas condenadas.

La comparación revela dos modelos distintos: uno restrictivo, que evita interpretaciones aditivas y protege la libertad de investigación, y otro que admite perfeccionamientos normativos en defensa de la democracia. Ambos coinciden, sin embargo, en reconocer que solo los hechos judicialmente probados pueden constituir el contenido legítimo de la memoria a proteger.

En este sentido, la doctrina (Garibian, 2009; Millard, 2014) sostiene que las leyes de memoria no suponen la creación de verdades oficiales, sino la constatación de hechos ya acreditados, lo que permite criminalizar el negacionismo sin convertirlo en una herramienta arbitraria de poder. La clave, entonces, está en delimitar la memoria como bien jurídico únicamente a hechos probados, de modo que se garantice la reparación y no repetición, evitando al mismo tiempo los riesgos de manipulación política señalados por la crítica.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Alvear, J. (2020). La sentencia del TC sobre el "Negacionismo": Desclasificando una figura esperpéntica (STC ROL 9529). *Sentencias Destacadas 2020*, 59- 80. Obtenido de:

https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/10/Libro_Sentencias-Destacadas2020_FINAL_Capitulo3-1.pdf

Caso de Inconstitucionalidad del artículo 607 del Código Penal Español, 235/2007 (Tribunal Constitucional Español 07 de Diciembre de 2007). Obtenido de:

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6202#:~:text=607.2%20CP%2C%20consistente%20en%20difundir,instituciones%20que%20amparen%20esas%20pr%C3%A1cticas.>

Congreso de la República del Perú. (2012). Proyecto de Ley N°. 1464/2012-PE. Lima: Archivo Digital de la Legislación del Perú. Obtenido de:

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/elf55393685e39a505257a6900029fbb/\\$FILE/PL01464280812.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/elf55393685e39a505257a6900029fbb/$FILE/PL01464280812.pdf)

Congreso de la República del Perú. (2016). Proyecto de Ley N°. 714/2016-CR. Lima: Archivo Digital de la Legislación del Perú. Obtenido de:

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0071420161128.pdf

Fronza, E. (2011). ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria. *Revista de Derecho Penal y Criminología*(5), 97-143. Obtenido de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3791153&orden=0&info=link>

Garcés Gonzáles, J. (2020). Las leyes memoriales en Francia: Debates historiográficos, controversias públicas, y demandas sociales. *Historia del Presente*, 121-135. Obtenido de:

<https://revistas.uned.es/index.php/HDP/article/view/40497/29083>

Garibian, S. (2009). Derecho, Historia, Memoria. El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho? *Nueva Doctrina Penal*, 523-537. Obtenido de:

<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23572>

Grossi, P. (2003). *Mitología Jurídica de la Modernidad*. (M. Martínez, Trad.) Madrid: Trotta.

Millard, E. (2014). ¿Por qué un derecho a la memoria? *Revista Derecho del Estado*, 145-156. Obtenido de:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932014000100008&script=sci_arttext

Romano, S. (18 de octubre de 2010). Una legge sul negazionismo non risolve il problema. Obtenido de Corriere della Sera:

https://www.corriere.it/lettere-al-corriere/10_Ottobre_18/-UNA-LEGGE-SUL-NEGAZIONISMO-NON-RISOLVE-IL-PROBLEMA_d65f562c-da77-11df-b6f8-00144f02aabc.shtml

Vanossi, J. (2014). La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión. Pensamiento Constitucional, 123-162. Obtenido de:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12522/13083>