

Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución*

Michel Troper

Catedrático de la Universidad de París X (Nanterre)
Instituto Universitario de Francia

Traducción de Teresa García-Berrio Hernández

SUMARIO: I. LA BÚSQUEDA DE LOS LÍMITES.—II. EL ENCUENTRO DE LOS LÍMITES.

El trece de julio de 1990 era promulgada una ley, conocida bajo el nombre de su principal proponente, el diputado Gayssot. El texto inserta en la ley general de 1881 sobre la prensa un artículo, el 24 bis, que prevé, para quienes pusieran en duda la existencia de crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis durante la segunda guerra mundial, penas idénticas a las que castigan la provocación al odio o a la discriminación racial¹. La ley está dirigida por tanto contra quienes se designan a sí mismos como «revisionistas», con la pretensión de revisar la historia contemporánea o, en otras palabras, de someter a un examen crítico los testimonios y los documentos invocados por todos aquellos, sean o no historiadores, que relatan estos crímenes. Sin embargo, el desarrollo de sus argumen-

* Aparecido en *Anales HSS*, noviembre-diciembre 1999, nº 6, pp. 1239-1255.

¹ La ley de 1990 añadía a la ley de 1881 un artículo 24 bis: «serán castigados con idénticas penas (que las previstas en el artículo 24 relativo a la provocación al odio racial) quienes hayan puesto en duda, por uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o de varios crímenes contra la humanidad, tal como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del tribunal militar internacional anexionado al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, y que han sido cometidos, sea por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho estatuto, sea por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional».

tos está directamente predeterminado por la conclusión a la que desean llegar, a saber, que dichos crímenes no han sido cometidos o que no han tenido la amplitud que se les atribuye, razón por la cual son también más justamente llamados «negacionistas».

La ley Gayssot había sido votada por una gran mayoría en las dos cámaras del Parlamento francés. Aunque la conformidad de esta ley a la constitución, y particularmente a la Declaración de derechos del hombre de 1789, había sido puesta en duda por algunos oradores, la minoría de la Asamblea nacional o del Senado que habría podido dirigirse al Consejo constitucional durante el plazo que separaba el voto y la promulgación, se abstuvo de hacerlo, sin duda porque el beneficio que podía obtener de ello era inferior al riesgo político que habría asumido, incluso en el caso de una decisión favorable.

Desde su adopción, la ley Gayssot provoca debates apasionados. Algunos desean extender el alcance de los mismos a la negación de otros crímenes y de otros genocidios distintos de los crímenes nazis, particularmente al genocidio del que han sido víctimas los armenios², pero muchos otros manifiestan sentimientos desfavorables y reclaman su abrogación. Naturalmente las discusiones se hacen más vivas cuando aparecen escritos susceptibles de dar lugar a persecuciones.

Contra todo pronóstico, la hostilidad no se localiza sólo en los medios próximos a la extrema derecha o a la ultra izquierda antisionista, que aceptan el fondo de las tesis negacionistas y muestran simpatía por ellas. Incluso en estos ámbitos, por lo demás, la crítica no se funda —al menos no de manera explícita, porque caería entonces bajo el peso de la ley que pretende alcanzar— sobre la idea de

² Varias proposiciones de ley han sido depositadas en la Asamblea nacional en 1995. Unas tienden a la negación de todos los genocidios (Proposición de ley nº 2039, presentada por M. Rochebloine), otras de todos los crímenes contra la humanidad (Proposición de ley nº 1872, presentada por M. Patrick Devedjian). Entre ellas algunas mencionan «particularmente la negación del genocidio armenio» (Asamblea nacional, Proposición de ley nº 1932, presentada por MM. Mercieca y otros, y nº 2028, presentada por MM. Migaud y otros).

que las tesis negacionistas serían justas, sino simplemente en el principio de la libertad de expresión. En este terreno, la ley no podía dejar de encontrar el apoyo de aquellos grupos que, aunque profundamente hostiles a las tesis de la extrema derecha y a las ideas negacionistas, pretenden defender los principios esenciales de la democracia y, particularmente, la libertad de expresión. Son ante todo ideas liberales las que son esgrimidas en los ataques contra la ley Gayssot, tanto por la extrema derecha como por los mismos liberales.

Además de la inquietud de proteger la libertad de expresión, los liberales invocan un argumento de consecuencias: la prohibición del discurso negacionista tendría efectos contrarios a la voluntad del legislador. Una tesis errónea, afirman, puede ser fácilmente destruida por una tesis justa. Si, por consiguiente, el legislador prohíbe la expresión de una opinión, corre el riesgo de que se crea que busca esconder una verdad molesta. La existencia misma de la ley conducirá así a reforzar por torpeza la credibilidad de las tesis negacionistas. Sería preferible entonces remitirse a la competencia de los historiadores profesionales, los cuales no tendrían ningún problema para demostrar la falsedad del negacionismo.

El objeto de este estudio es exclusivamente jurídico, no se examinará aquí la validez del argumento consecuencialista, y se atenderá al problema de la libertad de expresión. Puesto que los adversarios de la ley Gayssot afirman que, si hubiese sido remitida al Consejo Constitucional, éste no habría dejado de declararla contraria a la constitución. Es sobre este ámbito sobre el que nos situaremos exclusivamente.

Nadie pone en duda la evidencia de que la ley Gayssot limita la libertad de expresión. Si la libertad de expresión fuese absoluta y si existiese un principio prohibiendo toda suerte de limitación, podríamos detenernos aquí. Pero no es ese en absoluto el caso, y toda limitación no es necesariamente ilegítima. Por ello se debe empezar por averiguar cuáles son las limitaciones corrientemente admitidas, antes de examinar si la constitución francesa garantiza la libertad de expresar tesis negacionistas.

I. LA BÚSQUEDA DE LOS LÍMITES

Se puede partir de una constatación simple: la constitución francesa no sólo no prohíbe al legislador limitar la libertad de expresión, sino que sus textos fundacionales no enuncian el principio de la libertad de expresión si no es precisando que no puede ejercerse más que dentro de ciertos límites. Así, el artículo 10 de la Declaración de derechos del hombre, que forma parte del bloque de constitucionalidad, enuncia que:

Nadie debe ser molestado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

Esta disposición establece, pues, una distinción entre las opiniones y su manifestación. Las opiniones son libres, lo que prohíbe toda discriminación en razón de las creencias. Por el contrario, su manifestación no debe poner en peligro el orden público. La manifestación de las opiniones se recoge, por otro lado, de manera más específica, bajo el nombre de libertad de comunicación, en el artículo 11:

La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los más preciados derechos del hombre: todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir, publicar libremente, con la salvedad de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

En la Asamblea Nacional de 1789, ciertos oradores intentaron en vano oponerse a esta redacción y habrían preferido proclamar el principio sin ninguna restricción. Rabaut Saint-Étienne declaraba, por ejemplo, que:

[...] situar al lado de la libertad de prensa los límites que querríamos establecer, sería hacer una declaración de deberes en lugar de una Declaración de derechos³.

En realidad, la formulación adoptada intentaba responder por adelantado a esta objeción: más que enunciar suce-

³ Citado por Stéphane RIALS, en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, Hachette, 1988.

sivamente el principio y después los límites al principio, como cree Rabaut, el artículo 11 comienza por explicar el fundamento (la libre comunicación es uno de los más preciados derechos) antes de definir el contenido del principio que resulta del mismo. Consiste en la facultad de hablar, de escribir y de publicar libremente, salvando la responsabilidad de responder del abuso de esta libertad. La responsabilidad no es pues un límite externo al principio, sino que forma parte del mismo: el principio es la libertad de expresarse dentro de ciertos límites. En otros términos, no se debe decir que el principio conoce límites o excepciones, sino que, en Francia, la garantía de la libertad de expresión está en el tipo de límites que le fija la Declaración de derechos. De una parte, es únicamente la ley —y no el poder ejecutivo— la que definirá los abusos de la libertad; por otra, no habrá control anterior, es decir censura, ni régimen de autorización para publicar un libro o un periódico; pero la ley deberá organizar —y deberá limitarse a eso— lo que llamamos un régimen represivo, es decir la responsabilidad penal o civil por abuso de la libertad de comunicación.

La Declaración de derechos de 1789 no es casi original, por otra parte, dentro de esta concepción de la libertad de expresión. Blackstone escribía ya en 1769 que la libertad de prensa consiste en la ausencia de limitación anterior a la publicación, y no en la inmunidad para toda sanción por los crímenes por vía de la prensa⁴. Sin duda, la Primera Enmienda a la Constitución americana adopta una formulación diferente y parece hacer de esta libertad un principio absoluto, al proclamar que:

El Congreso no podrá hacer ninguna ley [...] restringiendo la libertad de palabra o de prensa.

Pero la Corte suprema de los Estados Unidos ha descartado expresamente y de manera reiterada tal interpretación, defendida por el juez Hugo Black⁵. En principio, se

⁴ BLACKSTONE: *Commentaires on the Law of England*, 1769, pp. 151-152.

⁵ Hugo BLACK se basaba en los mismos términos de la primera enmienda para sostener que ninguna ley podía limitar esta libertad de ninguna forma. H.

sabe que los autores de la primera enmienda tenían en cuenta sobre todo la manifestación de opiniones políticas y que no se podían imaginar tener que garantizar las palabras o los escritos susceptibles de crear un peligro o causar un perjuicio. Nadie podría sostener razonablemente que la libertad de palabra implica, por ejemplo, el derecho a celebrar una reunión pública ruidosa bajo las ventanas de un hospital, o el de gritar «fuego» en un teatro abarrotado, o incluso calumniar, insultar o difamar, porque no se trata de simples palabras, sino de verdaderas acciones. Los términos «restringir» y «libertad de palabra o de prensa» contenidos en la primera enmienda, habían de ser, por tanto, necesariamente interpretados y su interpretación conducía a limitar la libertad de palabra, como ha admitido la Corte Suprema.

Esta idea de que la libertad de expresión no es ni absoluta ni ilimitada es recogida por todos los textos jurídicos modernos. Por ejemplo, el artículo 5 de la Ley fundamental alemana o el artículo 10 de la Convención europea de derechos del hombre⁶.

Black escribía así que esta frase estaba «compuesta de palabras simples, fáciles de comprender. Este lenguaje es absoluto [...]» (H. Black, «The Bill of Rights», *Law Review*, New York University, 1960. p. 865 y s.)

⁶ La ley fundamental alemana, artículo 5: «(1) Cada cual tiene el derecho de expresar y de difundir libremente su opinión mediante la palabra, el escrito y la imagen, y de informarse sin trabas a través de las fuentes que son accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de informar por la radio, la televisión y el cine están garantizadas. No hay censura. (2) Estos derechos encuentran sus límites en las prescripciones de las leyes generales, en las disposiciones legales sobre la protección de la juventud y en el derecho al respeto al honor personal».

Convención europea de derechos del hombre, artículo 10: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas y sin consideración de frontera. El presente artículo no impide a los Estados someter las empresas de radiodifusión, de cine o de televisión a un régimen de autorización. El ejercicio de estas libertades comportando deberes y responsabilidades puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, para la integridad territorial o para la soberanía pública, para la defensa del orden y la prevención del crimen, para la protección de la salud o de la moral, para la protección de la reputación o de los derechos del prójimo, para impe-

Por lo demás, hay que señalar que no podría ser de otro modo, puesto que lo que se define como libertad de expresión no tiene existencia fuera del Derecho; y no consiste mas que en un complejo de normas jurídicas. Desde que se establece por ley, que es objeto de una definición jurídica, como un conjunto de poderes de hacer, ocupa una plaza en el sistema general de las libertades y resulta muy necesario determinar las condiciones en las que puede ser ejercida y por consiguiente limitada. El principio de la libertad de expresión consiste así, no en la ausencia de límites, sino simplemente en la interdicción de fijar límites demasiado estrechos, y sobre todo en la idea de que no deben ser determinados más que por la ley.

De hecho, todos los sistemas jurídicos limitan la libertad de expresión. El derecho francés comporta o ha comportado así un gran número de disposiciones legislativas que organizan un sistema represivo. De forma que hay leyes para castigar los escritos que atacan un secreto que debe ser preservado (el secreto profesional o el que interesa a la defensa nacional), para los que causan directamente un perjuicio a un particular (la difamación o la injuria), a una autoridad oficial (el ultraje al Jefe del estado o la ofensa a un Jefe de estado extranjero) o al orden público (la publicación de falsas noticias que ponen en peligro la paz pública, el ultraje a las buenas costumbres). Del mismo modo son reprimidos los escritos que provocan o que son susceptibles de incitar a la comisión de crímenes; a veces, incluso si no se siguiera efecto (muertes, pillajes, incendios, crímenes contra la seguridad del Estado)⁷. Por úl-

dir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

⁷ El artículo 23 de la Ley 29.7.1881 (Ley 1972) dispone que «serán castigados como cómplices de una acción calificada como crimen o delito, quienes, sea por discursos, gritos o amenazas proferidas en lugares o reuniones públicas, sea por escritos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes, o cualquier otro soporte escrito, de palabra o de imagen [...] hayan provocado directamente al autor o a los autores a cometer dicha acción, si la provocación ha sido seguida de efecto. Esta disposición será igualmente aplicable cuando la provocación no haya sido seguida mas que de una tentativa de crimen prevista por el artículo 2 del código penal».

timo, se castiga la expresión de opiniones, si estas expresiones constituyen una provocación indirecta a actos criminales. Del mismo modo, los escritos que pueden provocar sentimientos de tal naturaleza que induzcan a cometer actos criminales, los que incitan a admirar estos actos (la apología de los crímenes), los que incitan al odio racial⁸. La ley que reprime la negación de los crímenes nazis no es por tanto más que una limitación entre otras de la libertad de expresión. Todas las limitaciones precedentes se presumen conformes al principio de esta libertad, tal como ha sido aceptado por el Derecho francés.

En el momento presente, se debe examinar lo que las justifica, de manera que se descubra si estas justificaciones pueden aplicarse también a la ley Gayssot. Tales justificaciones resultan necesariamente de las respuestas que se pueden entresacar de tres cuestiones:

- ¿Cuáles son los fundamentos de la libertad de expresión; es decir, las razones por las cuales esta libertad ha de ser considerada como particularmente importante?
- ¿Qué actividad puede ser considerada como la expresión de una opinión?
- ¿Qué intereses son los que la expresión de la opinión puede dañar mereciendo ser preservados?

Consideremos antes los fundamentos de la libertad de expresión. A costa de una pequeña simplificación, se pueden distinguir aquí dos grupos: la libertad de expresión puede ser contemplada, bien sea como finalidad en sí misma, o bien como un medio al servicio de otro fin, la verdad o la democracia⁹. En primer lugar, puede ser vista como

⁸ El artículo 24 de la Ley de 1881 (añadido en 1972) castiga «la provocación al odio o a la discriminación o a la violencia con respecto a una persona o a un grupo de personas en función de su origen, de su pertenencia o no-pertenencia a una étnia, una nación, una raza o una religión determinadas».

⁹ Thomas I. EMERSON: *The System of Freedom of Expression*, New York, Random House, 1970, pp. 6-7; STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN, TUSHNET, *Constitutional Law*, Boston-Toronto-Londres, Little Brown and Company, 2e édit., 1991, pp. 1013 y ss.; Steven J. HEYMAN, *Hate Speech and the Theory of Free Expressions*,

un medio de desarrollo personal. Para perseguir sus fines propios y realizar sus aspiraciones, el hombre debe poder pensar libremente, y por consiguiente informarse en todas las fuentes posibles y comunicar sus pensamientos a sus semejantes. La dificultad es que si la libertad tiene por fin la felicidad individual, no hay ninguna razón para proteger especialmente la libertad de expresión y no el juego o el consumo. Sea como fuere, si son las posibilidades de desarrollo personal las que deben ser protegidas, lo mismo que el bien individual debe inclinarse ante otros fines, las limitaciones son fácilmente justificadas cuando tengan como fin preservar otras libertades y otros valores individuales o colectivos considerados más importantes.

En segundo lugar, la libertad de expresión es percibida como un medio al servicio de un fin más elevado. Existen muchas variantes de esta idea. Podemos ver primero la libertad de expresión como un instrumento al servicio de la verdad. Es John Stuart Mill quien presenta esta idea con más fuerza, pero se encuentran variantes de la misma en numerosos autores, por ejemplo en Oliver Wendell Holmes¹⁰. A fin de establecer la verdad, es necesario examinar y comparar todas las tesis, tanto las mejor establecidas como las que parecen menos asimiladas. Incluso si todas las ideas no son justas, la gente sabrá en último término establecer la diferencia entre ellas, puesto que hay más posibilidades de llegar a la verdad si todos los argumentos han sido debatidos, e infinitamente menos si es el poder político el que ha emprendido la exposición de una verdad oficial.

La debilidad esencial de esta concepción, además de que varias de las opiniones que se busca proteger no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, es que presupone una confianza absoluta en la capacidad del público para

en S. J. Heyman (ed.) *Hate Speech and the Constitution*, New York-Londres, Garland Publishing, inc., 1996, pp. IX y ss.

¹⁰ J. S. MILL: *On Liberty* (1959), trad. francesa *De la liberté*, París, Gallimard, 1990; O. W. HOLMES, citado por Greenawalt, KENT: *Speech, Crime, and the Uses of Language*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 16 y ss. El juez Holmes es el inventor de la fórmula «market-place of ideas».

discernir las teorías verdaderas, y que olvida el hecho que puede conducir su juicio de forma irracional. Es pues sobre el fundamento de una hipótesis contraria cuando la libertad de expresión está limitada en ciertos dominios. La difamación, la publicidad mendaz, la publicidad para ciertos productos como el alcohol o el tabaco, son reprimidas o limitadas porque pueden engañar al público de forma duradera o, en todo caso, durante largo tiempo para que el mal sea efectuado. El mismo Mill distingue entre las opiniones en las que la expresión debe ser libre, y los juicios de hecho que, en el caso de la difamación, deben ser reprimidos si son falsos¹¹.

La libertad de expresión puede ser aún concebida como un elemento esencial del proceso democrático. Únicamente ella permite la propaganda política y la elección clara de los representantes, el control de los elegidos. Si todas las opiniones no pudiesen ser expresadas, si estuviese prohibido criticar y poner en duda la acción de los gobernantes o fuera imposible intentar convencer a los conciudadanos, evidentemente sería absurdo hablar de democracia. Esta idea puede estar fundada en sí misma sobre el principio de igualdad: si todos los hombres son iguales, tienen igual derecho a expresar sus opiniones y a escuchar las de los otros¹². Pero puede presentarse también como una variante de la teoría de la verdad, cuando se avanza que, en un sistema democrático, el pueblo debe poder tomar sus decisiones después de haber adquirido conocimiento de todos los argumentos. Así la decisión popular será justa en su contenido, porque habiendo sido sopesadas todas las opiniones, es la mejor la que será elegida. Pero se puede considerar todavía que es el mismo proceso el que es justo, en la medida en que permite el intercambio de todos los argumentos, incluso si no se tiene ningún

¹¹ En «Law on Libel and Liberty of the Press», *Westminster Review* (1818), citado por G. Marshall, «Press Freedom and Free Speech Theory», *Public Law*, 1992, pp. 40 y ss.

¹² Esta tesis ha sido defendida en Estados Unidos por el juez Brandeis y por Alexander Meiklejohn (cf. S. J. HEYMAN, *Hate Speech...*, op. cit.).

medio de determinar objetivamente la justicia de la decisión de fondo¹³.

Debe observarse que esta teoría se dirige no solamente al fundamento de la libertad de expresión, sino también sobre sus límites. Por una parte, conduce a prohibir la más pequeña limitación a la expresión de las opiniones a lo largo del proceso democrático. Para que los electores estén perfectamente informados no es sólo tolerable, sino incluso preferible, que los candidatos puedan proponer cualquier medida, incluso atroz, reemplazando la competencia del órgano del que quieren ser miembros. Esta concepción de la libertad de expresión es por tanto la que entraña las mínimas limitaciones, con tal de que las opiniones concernidas se expresen a lo largo del proceso de decisión política.

Pero contrariamente lleva a controlar, e incluso a reprimir, tanto opiniones, como formas de expresión de dichas opiniones, susceptibles de asociar por ejemplo la expresión violenta, la injuria o la provocación del odio. En cuanto a la libertad de expresar las ideas que no tienen ninguna incidencia directa sobre el proceso democrático, por ejemplo, las ideas científicas, no puede ser protegida, evidentemente, sobre este fundamento.

La segunda interrogante concierne al objeto de la libertad de expresión. ¿Cuáles son las actividades humanas que pueden ser consideradas respecto al derecho como la expresión de ideas o de opiniones?. La cuestión presenta dos aspectos: el primero no tiene incidencia directa sobre la legitimidad de la ley Gayssot y concierne a los actos que no son actos de lenguaje. Se puede considerar que si la comunicación verbal o el escrito deben ser protegidos, no es en cuanto modo de comunicación —ni la palabra ni el escrito son sagrados— sino solamente en cuanto expresión de las opiniones. Pero si puede expresar la opinión de pa-

¹³ J. HABERMAS: *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, trad. inglesa: *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Ma., MIT Press, 1995. pp. 304 y ss.

labra o por escrito, también puede hacerlo mediante gestos: agitar una bandera, quitarse el sombrero, hacer una mueca o una reverencia. La Corte Suprema americana ha considerado, en tal sentido, que el hecho de quemar una bandera no tenía otra función que la de manifestar una opinión y debía por tanto ser cubierta por el principio de la libertad de expresión. Sin lugar a dudas, todos los actos dictados por una opinión no pueden ser protegidos así, sino solamente aquellos que encuentran su fin en la expresión de esta opinión. Así pues, el hecho de quemar una convocatoria de incorporación al ejército es diferente del de quemar una bandera; aquél está sin duda dictado por una opinión antimilitarista, pero no se limita a eso y consiste ante todo en el rechazo de someterse a la obligación militar. Razonando de esta manera, es como ciertas feministas americanas aseguran que la pornografía es un acto¹⁴ y que debe ser reprimida. Sea como fuere, esta concepción no tiene desarrollo en Francia, donde el artículo 11 de la Declaración de derechos del hombre tiende solamente al hecho de hablar, escribir y publicar. Del mismo modo, la ley de 1881 sobre la prensa enumera los medios clásicos de comunicación sin mencionar otros tipos de acciones.

Pero a la inversa, no se puede distinguir en este caso, entre los actos no referidos al lenguaje, los que expresan una opinión; pero sí, dentro de los actos del lenguaje, aquellos que harían mucho más que comunicar una opinión y que serían tan sólo actos, de suerte que no estarían protegidos por el principio de libertad de expresión. La Corte suprema de Estados Unidos admite a veces, según se ha visto, la siguiente distinción: gritar «fuego» en un teatro abarrotado para provocar el pánico no es emitir una opinión¹⁵. Es un acto que debe ser tomado como causa di-

¹⁴ Franklin S. HAIMAN: *«Speech Acts» and the First Amendement*, Carbondale - Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1993. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Ma., Harvard University Press, 1996, p. 214.

¹⁵ *Schenk v. United States*, 249 US 47 (1919), citado en STONE, Seidman, SUNSTEIN, Tushnet, *Constitutional Law*, op. cit., p. 1.029.

recta de un daño. Es la misma base por la que se reprime la incitación al crimen.

Si se razona sobre este modelo, la expresión de una teoría racista no se confunde con una injuria racista. Ésta puede reposar en verdad sobre una teoría racista, consistiendo en parte en la expresión de dicha teoría; pero se diferencia en que es proferida con la intención de hacer daño y que puede llegar efectivamente a hacerlo. Por lo tanto se la interpreta como un acto y se la reprime como tal en función de la relación de causalidad con otros actos.

La tercera cuestión concierne a los intereses y los derechos que conviene proteger contra la expresión de ciertas ideas, y va dirigida contra ciertas formas de expresión que justifican por consiguiente que se limite la libertad. En primer lugar, se puede pensar en los derechos individuales, el de no sufrir una amenaza contra la integridad física y moral, el honor, los bienes o las libertades. Lo que debería llevar a instituir una responsabilidad civil o penal por todo atentado a uno de sus derechos. La responsabilidad civil no presenta más que dificultades prácticas. Desde que se admite que la expresión de una opinión puede constituir una falta de tal naturaleza que amenaza a alguno de los referidos derechos, es el juez quien deberá apreciar en el caso concreto si el intento ha sido perpetrado. La divulgación de un hecho relativo a la vida privada podrá por tanto ser considerada según las circunstancias como constitutiva o no de un daño. Y la apreciación no será la misma según que la víctima tenga o no el hábito de exponerse voluntariamente a la curiosidad de los periodistas. Pero a partir de que todos estos elementos pueden ser establecidos, la responsabilidad civil del hecho de la expresión de una opinión no es más que un caso particular de la responsabilidad civil, es decir de la protección de los derechos subjetivos.

Por el contrario, la ley penal estatuye las clases de actos definidos abstractamente. Es difícil para algunos de ellos determinar si son siempre de tal naturaleza como para causar un daño y probar el perjuicio, el cual puede depender de la subjetividad de las víctimas. Es evidente que la blasfemia puede ser sentida muy dolorosamente

por los creyentes, o que algunos sean particularmente ofendidos por la pornografía, mientras que otros se divierten o permanecen indiferentes. Sin embargo, la ley penal no puede castigar o absolver los escritos sin hacer distinción según los sentimientos que provocan realmente en los lectores; siendo necesariamente obligado presumir que sea inofensivo o dañoso. La apreciación de la amenaza realmente llevada a los intereses individuales se ve reemplazada por un sistema de presunciones.

Estas presunciones se fundan sobre la idea de que tal o cual categoría de escritos puede provocar tal o cual clase de efectos sobre un destinatario ideal, el hombre razonable o medio. Tan es así, que los escritos blasfemos o pornográficos no son castigados en la mayor parte de los sistemas jurídicos contemporáneos, porque el legislador considera que nadie está forzado a leerlos. En cuanto a la simple conciencia de que estos escritos existen a pesar de todo, no es, a ojos de la ley, un daño que presenta objetivamente una gravedad suficiente, porque se supone que un hombre razonable no puede sufrir más que de una cosa a la que puede estar directamente expuesto.

Esto es lo que explica el tratamiento de la injuria: sin duda hay casos en los que la víctima no experimenta ningún sufrimiento. No obstante, el legislador supone que un individuo medio sufre —el sufrimiento presenta entonces un carácter objetivo—, y sobre todo que la injuria entraña por naturaleza otras conductas, actos de discriminación o violencias físicas.

Los intereses individuales aparecen como dignos de protección, por tanto, a partir de que la amenaza que les sobreviene por la expresión de ciertas opiniones se combina con una amenaza al interés colectivo, que la Declaración de derechos del hombre llama el orden público.

II. EL ENCUENTRO DE LOS LÍMITES

Es el momento de averiguar cómo todos estos principios pueden aplicarse a la cuestión particular de la ley Gays-

sot. No se sabría pretender evidentemente que el legislador tuviera la obligación jurídica de castigar los escritos negacionistas. El principio no tiene por contenido que la libertad de expresión, en un caso de este género, deba ser limitada, sino sólo que pueda serlo. De este modo se respeta tanto que se reprima el negacionismo, como que no se reprima. Así pues, la cuestión es saber no si la ley Gayssot es necesaria a la libertad de expresión, sino solamente si es compatible con ella. A este efecto se debe averiguar si el negacionismo es protegido por la libertad de expresión en razón del fundamento de esta libertad, de los intereses que convendría preservar o de la naturaleza de los escritos negacionistas.

Los sistemas jurídicos liberales que protegen la libertad de expresión no siempre contienen claras indicaciones relativas a las tesis que la justifican y, a decir verdad, tales indicaciones no son útiles mas que si ella, la libertad de expresión, encuentra su fuente principalmente en la jurisprudencia. En el derecho americano, por ejemplo, donde los jueces están obligados a motivar y a justificar sus decisiones, éstas están obligadas a referirse a uno u otro de los principios que fundan la libertad de expresión.

En Francia, por el contrario, este derecho es ante todo legislativo. Contrariamente a las decisiones jurisdiccionales, las leyes no están casi motivadas y, de otro lado, los tribunales franceses, cuyo papel consiste en principio en aplicar las leyes, apenas disponen de razones para interrogarse sobre sus fundamentos. No podrían ser incitados a ello mas que si se tratara de procurar una interpretación teleológica a las disposiciones legislativas; pero son numerosos los factores que contribuyen a desviarlas en beneficio de la interpretación lingüística, quiere decirse exegética. No se encuentran así en el derecho positivo francés sino muy pocas indicaciones relativas al fundamento de la libertad de expresión, y habría que recurrir por tanto a una reconstrucción de las intenciones del legislador. Se advertiría entonces, verosímilmente, que no existe en el derecho francés una concepción única de la libertad de expresión. Según las materias, puede considerarse que dicha

libertad está garantizada sobre determinado fundamento más que sobre otro; por ejemplo, que la libertad de emitir opiniones políticas está garantizada porque se estima que es necesaria a la democracia, la de enunciar opiniones científicas porque éstas son útiles para la búsqueda de la verdad. Pero ¿en nombre de qué concepción podremos justificar la libertad del negacionismo?

El Consejo constitucional, si hubiese sido apelado, habría buscado seguramente tal fundamento de la libertad de expresión en algunos textos esenciales. El primero es la disposición de la Declaración de derechos del hombre, que hace de la libertad de expresión «uno de los más preciados derechos del hombre» y que entresaca, como consecuencia, que cada uno debe poder expresarse libremente. Entretanto, ni el texto de la declaración de derechos, ni los trabajos preparatorios permiten decir por qué este derecho es tanpreciado. Para los redactores se trata de una evidencia¹⁶. En otras palabras, esta libertad encuentra su fundamento en ella misma y no tiene más fin que el ejercicio de un derecho natural y la plenitud personal de los que gozan del mismo. Pero entonces queda claro que el cuidado de preservar las satisfacciones que los autores negacionistas o sus lectores podrían extraer de estos escritos, debe, como se ha visto, ceder ante otros derechos no menos preciados. Una libertad así fundada encuentra rápidamente sus límites, sea en los derechos del prójimo, sea en las necesidades del orden público.

Por otra parte, el juez constitucional habría examinado las leyes positivas que organizan la libertad de expresión. El preámbulo de la constitución de 1958 se refiere al de la constitución de 1946, que reenvía a su vez a la Declaración de derechos de 1789 y a los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República». Esta expresión es interpretada por la jurisprudencia del Consejo constitucional como designadora de principios de gran importancia, que el legislador no habría establecido sino que habría

¹⁶ La formulación del artículo 11 es además tautológica: como la libertad de expresión es unpreciado derecho, cada uno debe poder comunicarse libremente.

simplemente declarado o reconocido; lo que permite comprender que tuvieran un valor superior al de las leyes ordinarias y que formaran parte de la constitución. Así pues, la libertad de asociación es un principio que ha sido reconocido por la ley fundamental de 1901, que se impone en lo sucesivo al legislador, quien no puede adoptar una disposición que limitaría dicha libertad. Podríamos estimar de igual manera que la ley de 1881 sobre la prensa reconoce el principio fundamental de la libertad de expresión. Normalmente la búsqueda de tal principio no es útil más que para controlar la constitucionalidad de una ley ordinaria en ausencia de una disposición constitucional expresa. Ahora bien, en esta materia, se dispone del artículo 11 de la Declaración de derechos, y el Consejo constitucional en consecuencia no ha situado la libertad de expresión entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república.

Por tanto, la ley de 1881 podrá ser de gran utilidad en esta búsqueda del fundamento de la libertad de expresión y en la interpretación del artículo 11 de la Declaración de derechos. Se puede considerar, en efecto, que si la ley de 1881 ha organizado la libertad de expresión —al mismo tiempo que organizaba los poderes públicos, la enseñanza, la ciudadanía— es que reconocía la necesidad de este principio en la especulación que fundaba la república. La libertad de expresión tenía incontestablemente por función, a los ojos de los legisladores de 1881, permitir el funcionamiento de una república democrática. Sin embargo, sería difícil justificar sobre ese fundamento la libertad de expresión de los negacionistas, pues nadie pretende que sus escritos contribuyan al debate democrático o incluso que el funcionamiento del sistema político se viera perturbado por el hecho de su interdicción.

Por último, el juez constitucional podrá considerar que los textos diversos que organizan la enseñanza superior y la investigación científica en Francia reposan sobre la idea de que la libertad de opinión es la primera condición de la investigación. Tal idea es invocada a propósito de la ley Gayssot bajo varias formas.

En primer lugar, sus adversarios parecen depender de una concepción próxima a la del libre mercado de las ideas, cuando se afirman capaces de refutar eficazmente las tesis negacionistas. La validez de este argumento está sin embargo subordinada a la probabilidad de que la refutación presentada por historiadores serios sea, no sólo científicamente irreprochable, sino que por naturaleza sea igualmente capaz de seducir al público. Según esto puede que, en defecto de todas las refutaciones científicas, las tesis negacionistas, como muchos prejuicios, conserven un fuerte poder de seducción.

Se puede sin duda sostener que la ley Gayssot permite a los escritores negacionistas aparecer como víctimas y dejar creer que enuncian una verdad que el poder busca esconder a cualquier precio. Pero, al contrario, argumentar contra ellos puede hacer pensar que sus tesis merecen discusión y son de naturaleza científica, sin contar con que apelar a argumentos irracionales puede igualmente persuadir a un público mal preparado.

En todo caso, apreciar la probabilidad de que estas tesis se difundan y produzcan efectos nefastos depende sólo de la competencia del legislador. Desde un punto de vista jurídico, se puede decir únicamente que si la libertad de expresión es concebida como un instrumento al servicio de la verdad, entonces puede estar limitada a dos condiciones: por una parte, si, en razón de la naturaleza o de la técnica de las cuestiones en juego, es más probable que esté al servicio de la falsedad; por otra, si una creencia generalizada en las tesis mendaces es susceptible de tener consecuencias sociales nefastas.

En segundo lugar, se puede estimar que la falsedad puede triunfar en tal o cual caso particular, pero que la libertad de expresión tiene, a pesar de todo, consecuencias beneficiosas, pues crea un clima general favorable a la búsqueda de la verdad. Aquí se trata de una interpretación negativa del argumento de John Stuart Mill. No se pretende que la expresión del negacionismo conduce a la verdad sobre la Shoah, sino sólo que un sistema en el que determinadas opiniones estarían prohibidas, sería global-

mente desfavorable a la búsqueda de la verdad. Este argumento es a veces expresado de manera excesivamente intimidante: sólo los sistemas totalitarios prohíben refutar las verdades oficiales. Al contrario, los sistemas liberales no conocen verdades oficiales. La debilidad de esta tesis es la de que una gran parte de la vida social, en los sistemas más liberales, se desarrolla bajo el dominio de verdades que está prohibido discutir.

Incluso en una comunidad científica, todas las tesis erróneas no son objeto de una refutación sistemática, de acuerdo con los métodos de la investigación científica. Una universidad ni siquiera examinaría la candidatura de un pretendido historiador que sostuviera que Napoleón ganó la batalla de Waterloo. La comisión encargada descartaría inmediatamente su *dossier*, sin discutirlo y sin buscar refutar las tesis del candidato, porque presumiría que son falsas. Hay así, en todo grupo social, tesis que se presumen falsas, siendo tal presunción la que sirve de fundamento a ciertas conductas: reclutar candidatos u otorgar diplomas. Estas presunciones son adoptadas espontáneamente porque expresan un consenso sobre el método científico y permiten ganar tiempo.

Las presunciones establecidas por el legislador cumplen funciones diferentes. Puede tratarse de mantener o de obtener la cohesión social, cuando se hace figurar la educación cívica en los programas escolares, o incluso preservar la salud pública cuando se prohíben ciertos mensajes publicitarios. Si los fabricantes de cigarrillos no tienen derecho a mantener en su publicidad que el tabaco es inofensivo, y si no se recurre a los científicos serios para restablecer la verdad, es porque el legislador estima que el público podría estar más fácilmente seducido por los primeros que convencido por los segundos. Puede tratarse incluso de reducir el poder de apreciación de los tribunales.

Los adversarios liberales de la ley Gayssot hacen valer, a justo título, que no incumbe a los tribunales establecer la verdad histórica. Pero este argumento aporta en realidad a esta ley una justificación suplementaria, pues evita precisamente a los jueces jugar un papel para el

que no están cualificados. Al contrario, es en ausencia de tal ley como los procesos a los escritores negacionistas podrían conducir a los jueces a examinar si sus tesis son mendaces.

Eso es lo que sobresale con claridad en el ejemplo canadiense. El artículo 181 del código criminal castiga al que publica voluntariamente una declaración, un relato, o noticias a sabiendas de que son falsos¹⁷. Antes de condenar, se debe por tanto establecer:

- a) si los relatos o noticias eran falsos;
- b) si su autor tenía consciencia de que eran falsos.

Para establecer a), el tribunal debe, pues, convertirse en historiador.

La ley Gayssot hace de los escritos negacionistas un delito que el tribunal debe sancionar sin tener que establecer previamente que son unos embustes. La incriminación resulta así de una presunción establecida por el legislador. El recurso a esta técnica clásica es absolutamente habitual. La única cuestión es saber en qué caso es compatible con los principios constitucionales.

Primero es preciso observar que todo juicio criminal supone que el acto perseguido pueda ser subsumido bajo la categoría apuntada por el legislador. Esta presunción requiere una doble operación: una interpretación de los hechos, llamada también cualificación jurídica. La una y la otra implican un vasto poder de apreciación, pudiendo suceder que la ley sea aplicada contrariamente a las expectativas del legislador. Esta hipótesis puede darse tanto más fácilmente cuando los autores de las conductas que se ha intentado reprimir tengan la habilidad de retorcer la ley y que, en materia penal, ésta deba, conforme al principio liberal, ser interpretada estrictamente. Pero si el legislador estima que esta interpretación no corresponde a sus

¹⁷ «Es culpable de un acto criminal y susceptible de una pena de prisión máxima de dos años quien, voluntariamente, haga pública una declaración, una historia o una noticia que sabe que es falsa y que cause, o pueda causar, un ataque o daño a cualquier interés público».

intenciones, puede modificar los términos de la ley, hacer una ley interpretativa y por consiguiente retroactiva, o incluso ordenar que tal acto sea siempre calificado de tal forma, es decir crear una presunción.

La primera de estas técnicas se empleó cuando fue tipificado el delito de provocación al odio racial. Un decreto de 21 de abril de 1939, llamado «loi Marchandreau», había impulsado las incriminaciones de injurias y de difamaciones raciales. Este texto, revocado por Vichy, había sido restablecido en la Libération, pero se había revelado como insuficiente, pues no permitía condenar a los que, sin proferir injurias y sin entregarse a la difamación, podían por sus escritos realizar actos de propaganda racista. De ahí la ley del primero de julio de 1972, que añade a la ley de 1881 sobre la prensa un artículo 23 castigando la provocación al odio o a la discriminación racial.

Pero todavía aquí, los autores de escritos revisionistas podían escapar a las condenas, a partir de que se limitaban en apariencia a negar el genocidio sin expresar abiertamente los sentimientos de odio con respecto a los judíos. Como lo declaraba en la Asamblea nacional el «garde des sceaux»:

[...] los autores de los escritos pseudo-históricos han aprendido todas las sutilezas de la ley de la prensa y se aplican muy bien a dar a sus escritos maléficos una resonancia racista que escapa a pesar de todo a la ley penal¹⁸.

Por medio de la ley Gayssot, el Parlamento ha instituido por tanto una presunción. Al castigar la negación del genocidio con las mismas penas que la incitación al odio racial, se presume que es un acto equivalente, porque es de la misma naturaleza y como ella amenaza los intereses que deben ser protegidos.

Una primera conclusión se impone: es imposible descubrir en los límites del derecho público francés lo que podría fundar una eventual libertad de publicar tesis ne-

¹⁸ Ass. nat. J.O Debates, 28. 6. 90.

gacionistas, y se trata en el momento presente de investigar lo que, en los intereses a proteger o en el carácter mismo de estos escritos, podía justificar que el Parlamento estableciese una equivalencia con la incitación al odio racial y que limitara esta libertad.

Existen intereses, derechos o libertades, particularmente preciados, a los que la libertad de expresión de ciertas opiniones podría amenazar, pudiéndose, por consiguiente, justificar respecto al derecho francés que se los limite. Naturalmente, se piensa ante todo que los escritos negacionistas infligen tanto a los supervivientes del genocidio como a los parientes de las víctimas un sufrimiento intolerable. Sufrimiento que es lo más frecuentemente invocado por quienes denuncian el negacionismo. La dificultad viene de que también el blasfemo puede infligir a los creyentes un gran sufrimiento cuya intensidad no es posible medir ni clasificar por especies, para decidir que ésta y no aquélla debe ser evitada a cualquier precio.

Se podría pensar en la protección de la verdad, pero incluso si se rechaza la tesis de que la libertad de expresión es favorable a la búsqueda de la verdad, esto no implica evidentemente que la expresión de un embuste pueda por sí misma impedir al público o a la ciencia alcanzar la verdad. En cambio, el legislador puede considerar que el buen funcionamiento del sistema democrático constituye un interés fundamental digno de ser protegido contra ciertos usos de la libertad de expresión. Puede estimarse que la expresión de ciertas tesis incita a crímenes que, por su propia naturaleza, ponen en peligro la democracia. Así pues, las tesis que incitan al odio racial o que hacen apología indirecta del nazismo, puesto que niegan la realidad de sus crímenes, pueden contribuir a poner en riesgo la democracia y el conjunto de las libertades.

En otros términos, estas tesis pueden amenazar un interés juzgado, como la libertad de expresión, uno de los más preciados bienes del hombre. La amenazan además no por su simple expresión, sino por los actos a los que pueden conducir y con los cuales forman un todo.

¿En qué medida los escritos negacionistas pueden ser asimilados a los actos a los que son susceptibles de conducir?

Ante todo se debe señalar que la ley Gayssot castiga la opinión negacionista o incluso toda expresión de tales opiniones. Dicha expresión no constituye un delito mas que si se hace a través de uno de los medios enumerados en la ley, esto es, en el espacio público. En otros términos, es solamente la difusión de esta opinión la que es castigada, porque, más que una opinión, es un acto susceptible de producir efectos indeseables.

De la misma manera que gritar «fuego» en una sala abarrotada no se castiga como un embuste, sino como una acción peligrosa, el negacionismo no es incriminado en tanto que expresión de una opinión mendaz, sino como una mentira que forma parte de una campaña de propaganda antisemita. Uno de los temas de esa campaña es, por ejemplo, que los campos de exterminio no son más que un mito inventado por el complot judeo-sionista con el fin de sacar indemnizaciones al gobierno alemán y de justificar el colonialismo israelí.

En este punto, los adversarios de la ley Gayssot podrían oponer el argumento siguiente: es imposible demostrar la existencia de un lazo de causalidad directa entre la incitación a un crimen cualquiera y su realización. Esta es la razón por la que la mayor parte de los sistemas jurídicos hacen de la incitación al crimen un delito específico, incluso si no es seguida de efectos. O lo que es lo mismo, el delito presume que la incitación es nefasta en función de los efectos que es susceptible de producir, incluso si no los produce siempre.

El mismo razonamiento vale para la incitación indirecta al crimen que constituye la apología del crimen o la incitación al odio y para la forma concreta de incitación al odio que resulta de los escritos negacionistas. Se dirá, por consiguiente, que este juego de presunciones revela el arbitraje del legislador, que castiga un acto del que no está seguro que cause realmente un perjuicio.

Pero esa es justamente la función de las reglas generales. Allí donde no es posible seguir todos los matices de la

realidad, se debe zanjar. La edad a la que un individuo adquiere la madurez necesaria para ejercer sus derechos es muy variable. No se puede por tanto encarar un examen de madurez para todos, y es por ello la ley la que determina una edad a partir de la cual se considera que cada uno tiene esa madurez. Del mismo modo, en el caso del negacionismo, el legislador presume que procede de una intención de generar odio, y que es susceptible de tener dicho efecto. Se puede por supuesto tener sobre este punto una opinión diferente, pero la cuestión que se examina aquí no es la de saber si esta opinión está fundada o no. Se trata solamente de investigar cuál habría sido —o debido ser— la actitud del juez constitucional si hubiese estado encargado de la ley Gayssot. Según esto, no le incumbía investigar por sí mismo si los escritos negacionistas son realmente susceptibles de entrañar acciones antisemitas o antirepublicanas, porque ese sería el objeto de un poder de apreciación propiamente político, como por otra parte él mismo ha recordado en varias ocasiones¹⁹.

Es además la idea de que la ley Gayssot establece una presunción, la que conduce a descartar un argumento habitual, el del engranaje o de la pendiente resbaladiza. Si la ley castiga la negación del genocidio de los judíos, se dice algunas veces: ¿por qué no debe castigar de la misma manera la negación de otros genocidios, el de los Armenios, el de los Bosnios, el de los Hutus, o incluso la negación de otros crímenes atroces de los que la historia está llena?. Este tipo de argumentos sería particularmente eficaz en el contexto anglosajón, donde la fuente del derecho en esta materia es la jurisprudencia civil. Las decisiones jurisdiccionales están justificadas por los principios generales y abstractos, válidos para todos los comportamientos similares. Se puede en verdad demostrar la existencia de una diferencia significativa, pero la carga de la prueba incumbe al que pretende evitar la aplicación del principio.

¹⁹ Decisión DC de 15 de enero de 1975, Rec. p. 19: «La constitución no confiere al Consejo constitucional un poder general de apreciación y de decisión idéntico al del Parlamento».

Por el contrario, en el caso francés, la fuente del derecho no es la jurisprudencia sino la ley. Ésta plantea no un principio general y abstracto sino una regla específica, aplicable solamente a los crímenes contemplados por el Protocolo de Londres. No hay pues ninguna posibilidad de que se aplique a la negación de otros crímenes, entre tanto no exista una nueva legislación. Sin duda, el legislador está sujeto a una obligación de coherencia, pero esta obligación no es jurídica, es solamente moral.

En cualquier caso, ¿ un legislador coherente debería admitir que todos los escritos que niegan los genocidios deben ser tratados igualmente y castigar por tanto la negación del genocidio de los armenios como la del genocidio de los judíos?. La respuesta depende solamente de los motivos sobre los cuales puede fundarse la represión de la negación del genocidio de los judíos. Si investigamos tales motivos en las particularidades de aquel crimen, nos exponemos a la muy seria objeción de que las particularidades existen, pero no bastan para justificar el monopolio de una protección contra el negacionismo. Por el contrario, existe una especificidad no en el genocidio de los judíos sino en la negación de este genocidio. Tal peculiaridad se inscribe en un movimiento antisemita y anti democrático, que no ha cesado con el mismo genocidio, y lo alimenta. Si constituye una incitación al odio, es buscando acreditar la idea de que el genocidio es un mito cuya fabricación es enteramente debida a la perversidad y a la avidez de los judíos. La negación del genocidio de los armenios presenta caracteres diferentes. Ésta no se rodea de un pesado aparato crítico pseudo-histórico, y si tiende a disculpar a las autoridades turcas, no se inscribe, afortunadamente, en un movimiento antiarmenio peligroso.