

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia penal

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

El Derecho penal ante la mentira de Auschwitz*

Comentario a la STC 235/2077, de 7 de noviembre,
Ponente: Excmo. Sr. don Eugeni Gay Montalvo

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I

1. Con fecha de 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba a don

* ABREVIATURAS: AAP: Auto de la Audiencia Provincial; AAPP: Audiencias Provinciales; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad penal; CDP: Cuadernos de Derecho Público; CE: Constitución española; CFGE: Circular de la Fiscalía General del Estado; Coord./Coords.: coordinador/coordinadores; CP: Código penal; Dir.: director, directora; ed.: edición, editor; EPC: Estudios de Política Criminal; FJ: Fundamento Jurídico; FGE: Fiscalía General del Estado; LH: Libro Homenaje; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; PP: Páginas; RAD: Revista Aranzadi Doctrinal; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; REDC: Revista Española de Derecho Constitucional; RVAP: Revista Vasca de Administración Pública; RGDCDEE Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado; reimpr.: reimpresión; RP: Revista Penal; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTs: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: traducción, traducido; TS: Tribunal Supremo; VV.AA.: Varios autores.

Pedro V. G. como autor de un delito continuado de genocidio del artículo 607.2 CP a la pena de dos años de prisión con sus correspondientes accesorias y costas. Asimismo le condena también como autor responsable de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP), a la pena de tres años de prisión y multa por tiempo de doce meses a razón de una cuota diaria de 2.000 ptas., asimismo con sus correspondientes accesorias y costas (1).

2. Según la declaración de hechos probados de la Sentencia, el acusado, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, sita en la calle Séneca núm. 12 de esta ciudad de Barcelona, ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la segunda guerra mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles inferiores a los que se debe exterminar como «a las ratas».

Conocida dicha actividad por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, se solicitó y obtuvo autorización judicial de entrada y registro en la sede la citada librería, practicada el día 11 de diciembre de 1996 con todas las garantías legales, por una comisión judicial dotada del pertinente Secretario encargado de la fe pública, con la asistencia de los Mossos d'Esquadra en funciones de policía judicial. Como consecuencia de dicha diligencia, fueron ocupados 20.972 libros, 324 vídeos, 35 cintas de audio, 124 fotolitos, 35 catálogos y numerosa correspondencia, relacionados con las publicaciones anteriores, así como multitud de revistas, postales, posters, en los que aparecen reproducidos los símbolos del nacionalsocialismo, en actitud inequívocamente exaltatoria y se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración a la raza judía.

(1) Un análisis de esta resolución se encuentra en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art. 607.2 del Código penal)», RP, 23 (2009), pp. 124 ss.

En la citada librería se vendían también publicaciones relativas a arte, Historia y Mitología religiosa, pero su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del holocausto judío. El público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia, como método de resolución de conflictos. Dichas publicaciones y material, estaban a la venta al público, y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países. La librería Europa figuraba en toda la correspondencia remitida y recibida, como editora y distribuidora del material comercializado.

A título de simple ilustración de sus contenidos y en aras de la necesaria concreción fáctica, de entre los libros ocupados merecen destacarse las siguientes reseñas extractadas:

a) Del libro titulado «Murieron realmente 6 millones»: (*sic*)... esta alegación constituye la invención más colosal y la más lograda estafa que se haya visto jamás (p. 4). Mientras este mito se mantenga, los pueblos de todos los países serán sus esclavos (p. 4). Es inconcebible que Hitler, si hubiera abrigado la intención de exterminar a los judíos, permitiera que más de 800.000 de ellos abandonaran el territorio del Reich, y es menos concebible aún, que en aquel caso considerara planes para su emigración masiva a Palestina y Madagascar (p. 7). Si la historia de los 6 millones de muertos fuera verdadera, esto significaría que casi todos habrían sido exterminados (p. 43). Hay que preguntarse también si habría sido físicamente posible destruir a los millones de judíos pretendidamente asesinados. ¿Dispusieron los alemanes del tiempo necesario para ello?

b) Del libro titulado «Informe Leuchter, el fin de una mentira: cámaras de gas y holocausto judío» (*sic*)... Dedicamos a Adolf Hitler la edición en castellano y la publicación en Chile de este informe, que destruye para siempre la infame mentira del holocausto judío (p. 5). Nunca hubo cámaras de gas ni holocausto (p. 10). La misma naturaleza judía edifica su existencia sobre la mentira, el plagio, la falsificación, desde los más remotos tiempos. Lo predicen sus libros, como el Talmud. Por ello, Alfred Rosenberg declaró: «la verdad del judío es la mentira orgánica. Mentira el holocausto, mentira las cámaras de gas, mentira los jabones hechos con grasa de judío, mentira los crímenes de guerra nazis, mentira el diario de Anna Frank. Todo mentira: mentiras genéticamente montadas por una antirraza que no puede decir la verdad porque se destruiría, porque su alimento y su aire, su sangre es la mentira» (p. 10). Como los judíos controlan la banca internacional, el dinero y los medios informativos del mundo, impu-

nemente repiten su mentira universal sobre el genocidio, el holocausto, los campos nazis de exterminio y la maldad congénita del alemán (p. 11).

c) Del libro titulado «Absolución para Hitler» (*sic*)... Las cámaras de gas son fantasías de la posguerra y de la propaganda, comparables en toda su extensión con la inmundicia recogida durante la 1.^a Guerra Mundial (p. 26). La Solución Final no era ningún plan de destrucción, sino de emigración (p. 38). Auschwitz era una fábrica de armamento y no un campo de exterminio (p. 39). No existieron las cámaras de gas; no hubo tales salas en las cuales se mandaba a los niños, mujeres y ancianos para gasearlos, supuestamente con Zyclon-B. Eso es, benévolutamente dicho, una leyenda y una murmuración (p. 46). No existieron cámaras de gas en Dachau, ni tampoco las hubo en otros campos de concentración de Alemania (p. 82). Lo que nuestros enemigos siempre olvidan decir, es que dondequiera que existieron hornos crematorios, siempre fueron usados para los muertos y no para los vivos. Asegurar que presos condenados a muerte fueron quemados vivos, es una de las mentiras más infames y nuestros enemigos lo saben. Nadie, fuera judío o no, fue quemado vivo por orden de una autoridad nacionalsocialista (p. 122). De los anteriores libros, fueron incautados 17, 16 y 275 ejemplares. Los libros titulados «Informe Leuchter, fin de una mentira sobre el holocausto judío», «El judío internacional», «El mito del siglo xx», «La política racial nacionalsocialista», «Nosotros los racistas», «El antisemitismo actual», de los que se ocuparon 16 ejemplares, 117 ejemplares, 21 ejemplares, 308 ejemplares, 22 ejemplares y 255 ejemplares respectivamente, que se hallaban a la venta al público en la citada librería Europa, contienen análogas afirmaciones y valoraciones. Asimismo, todos los vídeos incautados, contienen inequívocas referencias textuales a la raza judía como grupo étnico al que hay que eliminar, destacando entre ellas la cinta titulada «El judío errante», en la que se compara a dicha raza con las ratas, propagadoras de enfermedades por todo el mundo y a las que hay que exterminar sin contemplaciones. 5. En fecha no determinada del otoño-invierno del 1996, el acusado Serafin escribió y distribuyó a sus clientes, tanto por «mail» como mediante entrega gratuita a quienes visitaban la librería Europa, el núm. 10 de una serie denominada «Cartas», en la que bajo el título «El Mito de Ana Frank» afirma entre otras cosas: «El mito ¿o tendríamos que decir el timo de Anne Frank?, es probablemente ambas cosas a la vez, a raíz de las investigaciones que hemos podido reunir al respecto. Conocida en el mundo entero por su famoso Diario, es sin duda «la víctima del holocausto» más celebrada... Pero lo cierto es que el caso de Ana Frank no es diferente

al de otros muchos judíos sujetos a la política de medidas antisemitas en tiempo de guerra, llevadas a cabo por las potencias del Eje, no en menor medida justificadas por la declaración de guerra que la nación judía realizó contra Alemania ya en 1933, es decir, seis años antes del conflicto bélico. Como parte del programa de evacuación de los judíos de Europa occidental, la niña de 14 años y otros miembros de su familia, fueron trasladados por tren de Holanda al campo de trabajo de Auschwitz-Bierkenau. Varias semanas más tarde, ante el avance del ejército soviético, junto a otros muchos deportados judíos fue trasladada al campo de Bergen-Belsen, en Alemania del Norte. Fue allí donde, junto a otros compañeros del campo, Anne cayó enferma de tifus, enfermedad de la que murió a mediados de marzo de 1945. No fue ejecutada ni asesinada. Anne Frank, pereció –al igual que millones de no judíos en Europa durante los meses finales del conflicto–, como otra víctima indirecta de la guerra mas devastadora».

La razón social de la librería Europa, había constituido simultáneamente hasta la fecha de su disolución en marzo de 1994, la sede del Círculo Español de Amigos de Europa, por anagrama CEDADE, grupo político defensor de la ideología nacionalsocialista, del que el acusado fue su último presidente. El material y fondo bibliográfico de ambas entidades ha sido gestionado, utilizado y difundido indistintamente, bajo supervisión y dirección del acusado.

3. La representación procesal del condenado interpuso contra la Sentencia condenatoria el correspondiente recurso de apelación. Con carácter previo a la resolución del mismo, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dirigió al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad (la núm. 5152/2000) a propósito del conocido caso de la Librería Europa, por considerarlo contrario al artículo 20.1 CE (2). La cuestión fue resuelta por la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Según esta importante Sentencia, la tipificación como delito de la justificación del genocidio es plenamente compatible con el derecho fundamental a la libertad de expresión, previsto en el artículo 20.1 CE. Distinto es el caso de la negación del genocidio. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que la incriminación de la negación del genocidio sólo es conforme a la Constitución Española cuando se realice de modo adecuado para incitar a la violencia contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexis-

(2) En realidad, la Audiencia Provincial de Barcelona elevó en dos ocasiones la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siendo ésta admitida a trámite en la segunda ocasión. En la primera la cuestión fue inadmitida mediante ATC 18-1-2000 por extemporánea.

tencia se pretende (3), o, cuando menos, para provocar un clima de hostilidad social contra dichos grupos. Es inconstitucional, en cambio, la tipificación como delito de la mera negación del genocidio (4).

4. Con fecha 5 de marzo de 2008, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia por el que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la defensa del condenado contra la resolución de primera instancia. La resolución condenó a recurrente como autor de un delito de genocidio del artículo 607.2 CP, concurriendo la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de siete meses de prisión, con las accesorias legales inherentes, condenándole asimismo al pago de la mitad de las costas procesales de instancia. Y le absolvió del delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, previsto en el artículo 510 CP, declarando de oficio el resto de las costas procesales de instancia, así como las devengadas en la alzada.

5. Contra Pedro V. G. se inició un segundo procedimiento penal, que concluyó con la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010, por la que fue condenado por hechos parecidos a los ya expuestos como autor de un delito continuado de justificación del genocidio (art. 607.2 CP) a una pena de prisión de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ocho meses con una cuota diaria de 12 euros, y como autor de un delito continuado de provocación al odio y la discriminación al odio y la discriminación del artículo 510.1 CP a un año y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como el comiso de abundante material de la librería. La Sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona tanto por el Ministerio Fiscal como por parte del condenado. El recurso fue resuelto mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.^a, 259/2010 de 26 abril, por la que fue

(3) En la misma dirección se pronuncia la STEDH *Ergodu & Ince c. Turquía*, 8-7-99.

(4) Una exposición detallada de la fundamentación jurídica de esta resolución se halla en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., RP, 23 (2009), pp. 127 ss. Con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 607.2 CP el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado a propósito de una Sentencia condenatoria por hechos análogos a los del caso de la Librería Europa en la STC 176/1995, 11-12, que declaró conforme a la Constitución la condena por un delito contra el honor de los autores de un comic en el que se hacía apología de los verdugos del pueblo judío glorificando su imagen y justificando sus hechos.

revocada parcialmente la Sentencia condenatoria de primera instancia. La nueva Sentencia absolvió a Pedro V. G. del delito de provocación al odio y a la discriminación por el que había sido condenado y confirmó el resto de los pronunciamientos de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010, declarando de oficio la mitad de las costas procesales de la primera instancia y las del recurso.

II

1. Como es sabido, la libertad de expresión se encuentra contemplada, en su condición de derecho subjetivo constitucionalmente reconocido como fundamental, en el artículo 20 CE. De conformidad con este precepto «se reconocen y protegen los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». No obstante, del mismo modo que ocurre con cualquier otro derecho subjetivo, incluso fundamental, el derecho a la libertad de expresión no se encuentra exento de límites (5). Así lo dispone, de hecho, el propio artículo 20 CE dispone en su apartado 4 que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la juventud y de la infancia».

2. En un esfuerzo de concreción de lo dispuesto en este precepto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido declarando de forma reiterada que el derecho fundamental a la libertad de expresión no permite dar cobertura, en cualquier caso, a manifestaciones innecesarias que atenten de forma particularmente intensa contra el honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves) o la libertad (p. ej., a través de amenazas), o que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan

(5) Sobre el carácter necesariamente limitado de todo derecho fundamental *vid.*, por todas, la trascendental STC 206/07, 24-9, relativa a intervenciones corporales. Hacen referencia a tal resolución como punto de referencia ineludible en los que a limitación de derechos fundamentales se refiere, entre otros autores, HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, 1998, *passim*; el mismo, «Intervenciones corporales: jurisprudencia constitucional», *Estudios jurídicos*, 2004, pp. 1890 ss.; MATA LLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, 2008, pp. 61 s.; PÉREZ MARÍN, M. A., *Inspecciones, registros y otros métodos de investigación en el proceso penal*, 2009, p. 121.

materialmente en peligro (p. ej., mediante actos de promoción del delito) (6).

3. Particularmente destacable resulta, en este contexto, la problemática que plantean aquellas manifestaciones que en el marco de una actividad política o científica (7), pueden llegar a constituir un atentado contra la dignidad de los miembros de determinados colectivos minoritarios, o, incluso, una incitación a la discriminación o a la acción violenta contra aquellos colectivos. Habitual es, a este respecto, la duda sobre si el pronunciamiento de expresiones provocadoras (*Fighting Words*), el discurso del odio (*Hate Speech*) (8), la publicación o difusión de material bibliográfico o publicitario de contenido xenófobo o las manifestaciones vertidas por un político en el fragor de un acto electoral pueden quedar o no cubiertos por el derecho fundamental a la

(6) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituyen punto de referencia ineludible en relación con este extremo, entre otras resoluciones, las fundamentales SSTC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman) o la sentencia 176/1995 (caso Makoki). Se afirma en las mismas que «ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el artículo 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 CE. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias». Lo recuerdan oportunamente LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La libertad de expresión tenía un precio», RAD 6/2010 (24 de septiembre de 2010), p. 1. También se refiere recientemente a tales límites el Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona AGUILAR GARCÍA, M. A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 7, trabajo todavía no publicado del que he podido disponer por amable deferencia de su autor.

(7) Sobre el conflicto entre libertad de expresión y libertad religiosa *vid.*, por todos, el trabajo de PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», RGDCDEE, 19 (2009).

(8) La expresión fue acuñada por la STEDH *Ergogdu & Ince c. Turquía*, 8-7-99 y empleada por nuestra jurisprudencia constitucional por las SSTC 214/1991 (caso Violeta Friedman), 176/1995 (caso Makoki) o 235/2007. En todas estas resoluciones se define el discurso del odio como aquél que contiene una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación y que de ninguna forma está amparado por los derechos constitucionales de libertad de expresión o libertad ideológica o de conciencia. Sobre este concepto AGUILAR GARCÍA, M. A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 7, n. 2.

libertad de expresión, o resultan subsumibles, en cambio, en alguno de los preceptos previstos en el Código penal sobre delitos de discriminación o xenofobia. Idénticas dudas suelen asaltar en el ámbito de la libertad científica a quienes se enfrentan al análisis de aquellos supuestos en los que se produce la difusión de material histórico revisionista sobre la existencia o no de un genocidio (9). En cuanto a la primera constelación de supuestos, basta con recordar que son ya varias las querellas presentadas contra algunos actores de la escena política española por la supuesta comisión de un delito de incitación al odio racial como consecuencia de la realización de discursos hipotéticamente xenófobos (10). Por lo que hace al revisionismo histórico, ríos de tinta han corrido entre nosotros en relación con el supuesto de hecho que constituirá el punto de referencia permanente de la segunda parte del presente trabajo: el caso de la Librería Europa (11).

4. En el Código penal español, los supuestos que acaban de ser planteados suelen reconducirse, fundamentalmente, a dos preceptos:

(9) Sobre el revisionismo o negacionismo como corriente historiográfica filonazi *vid.* LANDA GOROSTIZA, J. M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal (A la vez, una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria del CP y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia»)»,* Granada, 2001, p. 165.

(10) Especialmente llamativo es el caso de la querella interpuesta por la asociación SOS Racismo y la Federación de Asociaciones Gitanas de Cataluña (FAGIC) por el reparto de folletos supuestamente xenófobos en la ciudad de Badalona (Barcelona). La querella ha sido recientemente inadmitida a trámite mediante Auto de fecha 28-02-11. Sobre este caso AGUILAR GARCÍA, M. A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del art. 510 del Código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 1.

(11) Sobre este caso, y sin pretensión de exhaustividad, *vid.*, por ejemplo, los trabajos de LANDA GOROSTIZA, J. M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510.1 CP) a luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», AP 1999, pp. 689 ss.; GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley*, núm. 4790 (1999), pp. 1 ss.; SUÁREZ ESPINO, M. L., «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», CDP 30 (2007), pp. 175 ss. TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», RVAP 80 (2008), pp. 233 ss.; BILBAO UBILLOS, J. M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *REDC, Revista española de derecho constitucional*, 85 (2009), pp. 299 ss. En general sobre el delito previsto en el artículo 607.2 CP *vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada, 1999, *passim*.

los artículos 510.1 y 607.2 CP. De acuerdo con el primero de estos dos preceptos, «[l]os que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses». Dispone el artículo 607.2 CP, por su parte, que «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

5. Claramente marcados por la evidente influencia de la STC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedeman) (12), el origen de estos dos preceptos se encuentra en la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. La Ley introdujo en el CP el artículo 165 ter. CP 1973, antecedente del actual artículo 510.1 CP, y el artículo 137 bis, b) CP 1973, precedente del actual artículo 607.2 CP. De acuerdo con el artículo 165 ter. CP 1973: «1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalzen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito». Por su parte, el actual artículo 607.2 CP fue incorporado al Código penal a través del artículo 137 bis, b) CP 1973, con el siguiente contenido: «La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo. La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalzen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior (scil. delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación o constitución de

(12) STC 235/07, 7-11, F.J. 3.º

regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito». Los preceptos introducidos por la LO 4/1995 fueron posteriormente modificados por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, adoptando entonces su actual tenor literal. La principal modificación de ambos preceptos tuvo por objeto la supresión de la apología en los dos casos, y la desvinculación formal de ambos preceptos con respecto al concepto de provocación previsto como acto preparatorio punible en el artículo 18.1 CP (13).

6. La incorporación al Código penal de estos dos preceptos respondió, en palabras de la Exposición de Motivos de la LO 4/1995, a «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi», que «obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella». Para la E. de M., «[e]llo resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre». Continúa afirmándose que «[p]or desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país». Esta circunstancia, así como la creciente proliferación de actos de violación grave del Derecho internacional humanitario, obligaría al Estado español «a dar un paso más allá en la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional», citándose, a tal efecto, la doctrina sentada por la STC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman) (14).

(13) Sobre la evolución de los antecedentes legislativos de los actuales arts. 510.1 y 607.2 CP hasta el actual tenor literal de estos preceptos vid., por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004, p. 222; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 122; ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 624 s.

(14) Sobre esto vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 222.

7. Más allá de si en España existía entonces o existe ahora una necesidad empírica de hacer frente a la xenofobia mediante preceptos como los arts. 510.1 y 607.2 CP (15), de la E. de M. de la LO 4/1995 se deduce que los tipos penales de referencia nacieron con la clara vocación de constituir un instrumento penal en la lucha contra la xenofobia. En opinión de una parte de la doctrina, los delitos de incitación al odio racial y de negación o justificación del genocidio no son simplemente tipos antixenofobos, sino, sobre todo, delitos antidiscriminatorios. De acuerdo con dicha comprensión, en tales tipos no se protegerían bienes jurídicos supraindividuales como la seguridad colectiva de determinadas minorías, sino que se tendría lugar un adelantamiento de las barreras de protección de ciertos intereses individuales de los miembros de tales colectivos, como, por ejemplo, el derecho a la igualdad y la no discriminación. Se compadece claramente con esta idea el hecho de que es opinión ampliamente extendida la de que el bien jurídico protegido en el mismo no es otro que el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión y cualquier otra circunstancia personal o social, recogido en el artículo 14.1 CE (16). De este modo, los tipos previstos en los arts. 510.1 y 607.2 CP pasarían a engrosar la reducida lista de preceptos protectores del derecho fundamental con-

(15) Sobre esto *vid.*, por ejemplo, las opiniones encontradas de TAMARIT SUMALLA, J.M., Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal, PE*, III, 5.^a ed., 2008, p. 934; el mismo, Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 8.^a ed., 2009, p. 1965; AGUILAR GARCÍA, M.A., «Estudio de los problemas que plantea la redacción actual del artículo 510 del Código penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales», original inédito, 2011, p. 7, que responden afirmativamente a la pregunta formulada; y LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., p. 173, que entiende, en cambio, que los tipos previstos en los arts. 510.1 y 607.2 CP carecen en España del sentido político-criminal que sí podrían tener, en cambio, en otras realidades sociológicas comparadas, como, por ejemplo, la alemana. En relación con este particular, adhiriéndose parcialmente al planteamiento de LANDA, *vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 223 y, en especial, p. 240.

(16) BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998, p. 77; CANCIO MELIÁ, M., Comentario al artículo 510 CP, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 1274; CONDE-PUMPIDO TOURON, C., Comentario al artículo 510, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal comentado*, II, 2004, pp. 1475 s.; CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código penal comentado*, 2005, p. 1028; GARCÍA LÓPEZ, C., Comentario al artículo 510 CP, en CRUZ DE PABLO, J.A., *Comentarios al Código penal*, 2008, p. 2434.

templado en el artículo 14 CE, integrada por los arts. 22.4.^a, 314, 511 y 512 CP. A diferencia de lo que ocurre en los tres últimos preceptos, la protección que el artículo 510.2 CP proporcionaría al derecho individual a la igualdad y la no discriminación una tutela anticipada, ya que en el precepto no se tipifican actos de discriminación, sino de incitación a la discriminación. Se trataría, por tanto, de un delito de peligro abstracto contra la igualdad (17).

8. No obstante, parece claro que en los arts. 510.1 y 607.2 CP no se sancionan meros actos preparatorios de infracciones penales discriminatorias. En caso contrario, carecería de todo sentido la referencia que en el primero de los dos preceptos se hace a la provocación a la violencia y el odio, conceptos éstos que no se encuentran inevitablemente vinculados al principio de igualdad (18). En ambos casos, el legislador ha decidido tipificar como delito conductas caracterizadas por la creación de un clima de hostilidad contra determinadas minorías. Esta clase de delitos suele conocerse con el nombre de «delitos de clima» (19).

9. Esta expresión, que ha hecho fortuna fundamentalmente como consecuencia de la amplia difusión de la obra del penalista responsable de la misma, Günther JAKOBS, alude a aquellos delitos consistentes en la realización de manifestaciones dirigidas a una pluralidad de personas objetivamente adecuadas para generar una atmósfera favorable a la comisión futura de determinados hechos delictivos. Se asiste en los delitos de clima, de este modo, a un cambio de perspectiva: el hecho no se sanciona por lo ya ocurrido, sino por su capacidad objetiva para provocar hechos futuros. El Derecho penal del delito de clima no sólo mira hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar).

10. JAKOBS defendió por primera vez este punto de vista en el Congreso de los penalistas alemanes celebrado entre los días 16 y 19

(17) Sobre esta postura vid. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 219.

(18) En similar sentido TAMARIT SUMALLA, J.M., Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal, PE*, III, 5.^a ed., 2008, pp. 934 ss.; el mismo, Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 8.^a ed., 2009, pp. 1965 ss.

(19) De forma más o menos explícita defienden esta postura, entre otros autores, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 219; LAURENZO COPELLO, P., «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», en CDJ, 1996-1, p. 263; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 123; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, PE*, 18.^a ed., 2010, p. 840. Sobre esto vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 225.

de febrero de 1985 en *Frankfurt am Main* (20). En dicho Congreso, el penalista alemán presentó una ponencia en la que constataba de modo crítico la presencia en el StGB de algunos preceptos propios de lo que él denomina «Derecho penal del enemigo» («*Feindstrafrecht*») (21). En opinión de Jakobs, ello ocurría, por ejemplo, con motivo de la tipificación de algunas conductas que se encuentran considerablemente alejadas del inicio de la ejecución como delitos contra la paz social, o el orden y la seguridad públicos, (delitos de terrorismo). Dos ejemplos de esta dirección político-criminal vendrían representados, en su opinión, por el delito de participación intentada (§ 30 StGB) y aprobación del delito (§ 140 StGB). A este respecto, el Jakobs de 1985 considera que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en el Derecho penal de un Estado de libertades, ya que en dicha clase de Estado sólo cabría referirse, de un modo legítimo, a un «Derecho penal de ciudadanos» (22). Según Jakobs, todos los actos preparatorios de un delito que se lleven a cabo en el ámbito «privado», esto es, sin implicar a terceras personas en el proyecto criminal, deben quedar sin pena. Frente a este argumento no cabe objetar, en su opinión, que desde el momento en que un acto es realizado para preparar un delito pierde todo posible carácter privado. Porque en ese caso no habría razón para dejar sin pena los pensamientos delictivos (23). Años más tarde, en 1999, con motivo de la celebración en Berlín de las jornadas de reunión de profesores de Derecho penal bajo el título «Die deutsche

(20) Un breve informe de este congreso se encuentra en KUHLEN, L., «Strafrechtslehrertagung 1985», NJW 1985, pp. 2631 ss.

(21) La ponencia se encuentra contenida, en forma de artículo, en el artículo «Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung», ZStW 97 (1985), pp. 751 ss. («Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» [trad. de PEÑARANDA RAMOS, E.], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 ss.).

(22) JAKOBS, G., «Criminalización...», en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 297 ss.

(23) JAKOBS, G., «Criminalización...», en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 298 ss. De acuerdo en lo esencial con la primera formulación de JAKOBS, que acaba de ser expuesta de forma resumida, DENCKER, F., «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? –Tendenzen der neueren Strafrechtswicklung?–», StV 1988, p. 266. Un amplio resumen de la posición del que aquí denominaremos «primer JAKOBS» se encuentra en DENCKER, F., StV 1988, pp. 263 ss.; APONTE, A., *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum «effizienten» Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004, pp. 128 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., JpD 49 (2004), pp. 43 ss., nota 6.; el mismo, *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004, p. 695, nota 6. Expone con detalle la tendencia expansiva del Derecho penal y procesal alemán en el ámbito del terrorismo contemporánea al primer Jakobs DENCKER, F., «Das «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus»», StV 1987, pp. 117 ss.

Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende» (24), JAKOBS continuó defendiendo la tesis de que, junto a otros elementos, la existencia de delitos de clima constituye uno de los rasgos distintivos del llamado Derecho penal del enemigo (25). En posteriores trabajos, JAKOBS ha seguido defendiendo la tesis de que la existencia de delitos de clima constituye un rasgo fundamental del llamado Derecho penal del enemigo (26).

11. En modo alguno constituye el objeto del presente trabajo analizar si Günther Jakobs es o no partidario del Derecho penal del enemigo, y, por ende, si el penalista alemán se muestra o no contrario a la tipificación de los delitos de clima (27). Tampoco someter a considera-

(24) Un informe de una de estas jornadas y algunas observaciones críticas sobre la intervención de JAKOBS en relación con el *Feindstrafrecht* se encuentran en SCHULZ, L., «Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht», ZStW 112 (2000), pp. 653 ss.

(25) JAKOBS, G., en SCHULZ, L., ZStW 112 (2000), p. 661. Suscribe esta descripción CANCIO MELIÁ, M., «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 79 ss. Los restantes elementos de la definición son, en opinión del JAKOBS de 1999, un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*; la transición de una legislación penal (*Strafrechtsgesetzgebung*) a una legislación de lucha o de combate (*Bekämpfungsgesetzgebung*); y, por último, una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal. Vid. JAKOBS, G., en SCHULZ, L., ZStW 112 (2000), p. 661. Algunos autores consideran que la descripción de JAKOBS del Derecho penal del enemigo puede ser completada con otros elementos. Este es el caso, por ejemplo de Haffke, en Alemania, y Pérez del Valle, en España. Para el primero, una característica esencial del Derecho penal del enemigo estaría representada por la idea de que en la descripción de los tipos penales que podrían ser merecedores de aquella calificación, el legislador habría obviado por completo la delimitación entre tentativa y consumación, así la distinción entre autoría y participación, asumiendo, de este modo, un concepto unitario de autor: vid. HAFFKE, B., «Drogenstrafrecht», ZStW 107 (1995), pp. 785 s. Según PÉREZ DEL VALLE, otro aspecto fundamental del Derecho penal del enemigo sería la absoluta inoperatividad a efectos de exención de la responsabilidad penal, del error de prohibición, dado que en el ámbito del Derecho penal del enemigo toda infracción afectaría «a puntos esenciales de la ley natural que requiere el contrato social». Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., «Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo». Algunas reflexiones en torno de Hobbes y Rosseau», CPC 75 (2001), p. 610.

(26) Vid. a este respecto, y sin pretensión de exhaustividad, JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. de CANCIO MELIÁ, M.), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, *passim*; 2.^a ed., 2006, *passim*.; EL MISMO, *La pena estatal: Significado y finalidad*, 2006; EL MISMO, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 2008, pp. 51 ss.

(27) La cuestión ha sido y sigue siendo largamente discutida en la doctrina. Un amplio resumen de las diferentes posturas defendidas al respecto, así como una extensa postura personal sobre el particular, con ulterior bibliografía sobre la materia,

ción si el catálogo de motivos discriminatorios previsto en los arts. 510.1 y 607.2 CP debe ser redactado de modo homogéneo a los restantes delitos de discriminación (28). El presente trabajo persigue, en cambio, un objetivo más modesto: analizar los dos delitos mencionados, el de provocación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP) y el de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP) con el fin de

puede encontrarse en GÓMEZ MARTÍN, V., «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs», en Cancio Meliá, M. / Gómez-Jara Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, I, pp. 1003 ss.; el mismo, *El Derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, 2007, pp. 263 ss.

(28) Concretamente, una de las cuestiones más discutidas a este respecto es si el catálogo de motivos discriminatorios previsto en el artículo 510.1 CP debe corresponderse estrictamente o no con los catálogos recogidos en los arts. 22.4.^a, 314, 511 y 512 CP. Como es sabido, la agravante prevista en el artículo 22.4.^a CP se construye a partir de un catálogo o lista de causas o razones discriminatorias. Desde una perspectiva político-criminal, en el contexto de los delitos que atentan contra el derecho a la igualdad real, y, más concretamente, a no ser discriminado, la utilización de esta técnica legislativa merece, globalmente, una valoración positiva. La razón fundamental de la misma es que se trata de delitos que lesionan, al mismo tiempo, la dignidad del individuo, estrechamente vinculada a sus circunstancias personales o sociales (raza, ideología, religión, etc.). No obstante, la agravante no es sólo un instrumento para la lucha contra la xenofobia. Su contenido notablemente más amplio. Se trata de una circunstancia genérica de agravación de la pena por motivos discriminatorios, sea por razón de móviles xenófobos o de otro signo. Llama la atención, por esta razón, la falta de coordinación sistemática existente entre el catálogo de causas discriminatorias previsto en el artículo 22.4.^a y el previsto en otros preceptos del Código en el que se hallan tipificadas conductas que atentan contra el derecho fundamental a no ser discriminado. Así, mientras que el artículo 22.4.^a se refiere a «motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca», los arts. 314, 510, 511 y 512 aluden, además, a la discriminación por razón de la «situación familiar»; y en los arts. 511 y 512 se omite toda referencia a que la conducta se realice «por motivos racistas, antisemitas». En atención a lo que acaba de ser apuntado, un sector de la doctrina recomienda la elaboración de un único catálogo de causas de discriminación común a los arts. 22.4.^a, 314 y 510-512, con la única excepción de la causa relativa a «ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa», específica del delito contra los derechos de los trabajadores. Este punto de vista se halla contemplado, por ejemplo, en el Anteproyecto de Reforma del Código penal elaborado por el ya desaparecido Ministerio de Igualdad. Sobre la falta de coincidencia entre catálogos de motivos discriminatorios *vid.*, además, BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 39. Considera, pese a tal falta de coincidencia, que la vocación del legislador español no es otra, de hecho, que extender el catálogo de motivos discriminatorios prácticamente a todos los delitos o figuras antidiscriminatorias y antixenófobas LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., pp. 117 ss. y 128 ss.

conocer, en primer lugar, si se trata o no de delitos de clima y, en segunda instancia, de averiguar si resultan o no asumibles desde el paradigma del Derecho penal del hecho o bien constituye ya expresión de Derecho penal de autor.

III

1. Según el Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende, como es lógico, el derecho a la libertad de crítica, también cuando tal crítica pueda desagradar a su destinatario. Los principios informadores de toda sociedad democrática y plural impondrían al destinatario de la crítica un cierto deber de tolerancia frente a la misma, so pena de vaciar de contenido la libertad de derecho entendida como libertad de crítica. En palabras de la STC 235/2007, F.J. 4: «Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues ‘así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (29).

2. Tal es la cobertura que el modelo democrático proporciona a la libertad de expresión que –pese a la aparente paradoja que ello representa– incluso brinda protección a la manifestación de ideas contrarias al propio modelo, esto es, a la declaración de formas de pensamiento no democráticas. Según el Tribunal Constitucional: «Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan”. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (30).

3. De todo ello se deduce lógicamente que el modelo democrático español no impone al ciudadano su adhesión positiva al mismo. No se trata, por tanto, de una democracia militante. A diferencia de lo que sucede con la realización de actividades contrarias a la Constitu-

(29) Esta tesis puede encontrarse también, entre otras muchas resoluciones, en la STC 174/06, 5-6, F. J. 4.

(30) STC 235/2007, F.J. 4. En idéntico línea, ya anteriormente, 176/95, 11-12, F. J. 2; STDH *De Haes y Gijssels* contra Bélgica, 24-2-97.

ción, la mera manifestación de ideas e ideologías queda plenamente cubierta por el derecho fundamental a la libertad de expresión, aunque se trate de ideas antidemocráticas, esto es, contrarias al modelo democrático mismo. Este planteamiento se encuentra extensamente expuesto en la STC 235/2007, F.J. 4: «Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas» (31).

4. Cuestión relacionada con la anterior, aunque no exactamente coincidente, es la relativa a si el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende el derecho a formular en relación a hechos históricos incuestionablemente ocurridos manifestaciones que vengán a poner en tela de juicio su existencia. Para el Tribunal Constitucional español, tales manifestaciones negadoras de la evidencia no serían sino opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos, y, como tales, quedarían amparadas por el manto del derecho a la libertad de expresión, en su dimensión de búsqueda de la verdad histórica. Señala el Tribunal Constitucional a este respecto: «En ocasiones anteriores hemos concluido que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjeti-

(31) *Vid.*, además, SSTC 48/03, 12-3, FF. JJ. 7 y 10.

vas e interesadas sobre acontecimientos históricos”. Esta misma perspectiva ha llevado al TEDH, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la Segunda Guerra Mundial, a señalar que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión” y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo» (32).

5. Aunque, como se ha afirmado, el modelo democrático de sociedad vendría a imponer en el ciudadano un cierto deber de tolerancia frente a mensajes ofensivos e incluso antidemocráticos, tal deber no es en absoluto ilimitado. Se refiere a los límites de tal deber de tolerancia el Tribunal Constitucional: «El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución –y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada– a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de convivencia” a los que alude el artículo 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el artículo 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos» (33).

6. Los tres principales límites del deber de tolerancia a discursos ofensivos son, según el Tribunal Constitucional, el respeto por la igualdad (art. 1.1 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE), la innecesariedad de la ofensa para la exposición de las opiniones que pretenden defenderse y incitación directa a la violencia contra los destinatarios del mensaje. En relación con los dos primeros límites, el Tribunal Constitucional indica que “[t]odo lo dicho no implica que la

(32) STC 235/2007, F.J. 4.º *Vid.* también, en la misma línea STC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman), F. 8; S TEDH *Chauvy y otros c. Francia*, 29-6-04, § 69; *Monnat c. Suiza* 21-9-06, § 57.

(33) STC 235/2007, F.J. 4.º

libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito” (34). Prosigue el TC afirmando que “[e]n concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el artículo 20.1 CE no garantiza «el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (35).

7. Prosigue afirmando la STC 235/2007, esta vez en su F.J. 5.º, que «[d]e este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (36). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (37). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del artículo 10 CEDH. En concreto, viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas

(34) STC 235/2007, F.J. 4.º *Vid.*, además, las SSTC 204/97, 25-11; 11/00, 17-1, F. J. 7; 49/01, 26-2, F. J. 5; 160/03, 15-9, F. J. 4.

(35) SSTC 235/2007, F.J. 4.º *Vid.*, también, STC 214/91, 11-11, F. J. 8.

(36) STC 176/95, F. J. 5.

(37) SSTC 214/91, 11-11, F. J. 8; 13/01, 29-1, F. J. 7.

razas o creencias en particular» (38). Partiendo de tales premisas, la STC 235/2007 acaba concluyendo que «[d]e acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio» (39).

8. De acuerdo con el artículo 607.2 CP, «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años». Dos son, por tanto, las modalidades de la conducta típica prevista en este precepto: la negación del genocidio y su justificación. En lo que a la negación del genocidio respecta, cuando el Tribunal Constitucional analiza el precepto de referencia extrae la siguiente conclusión: su literalidad no permite deducir que la conducta típica negacionista no consiste en la mera negación, sino, a través de ella, en un ensalzamiento de los genocidas humillante para las víctimas del genocidio; en una valoración positiva del genocidio, a modo de incitación indirecta a su reproducción; o, por fin, en la realización de actos de proselitismo a favor de una pretendida causa homófoba, xenófoba, etc. Así las cosas –y siempre desde la perspectiva del Tribunal Constitucional–, la conducta típica consistente en la merca negación del genocidio sería, en sí misma, escrupulosamente neutra.

Recuerda el Tribunal Constitucional, a este respecto, lo que sigue: «El primer apartado del artículo 607 CP cierra el sistema específico de protección exigido por los instrumentos internacionales en la materia que vinculan a nuestro Estado, castigando las diversas modalidades de comisión de este delito y exigiendo, en todo caso, un dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social. Complementariamente, en su apartado segundo el legislador ha venido a añadir un tipo penal independiente, en el que ya no se incluye dicho dolo específico y que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas. Con independencia de su objeto, la incidencia de este tipo punitivo pre-

(38) *Vid.*, a este respecto, la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. Asimismo, las SSTEDH *Erbakan c. Turquía* 6-7-06; *Gündüz c. Turquía* de 4-12-03, § 41; *Ergogdu & Ince c. Turquía*, 8-7-99.

(39) STC 176/95, FF. JJ. 5 y 9. En idéntico sentido se pronuncian, además, las SSTC 174/06, 5-6, F. J. 4; 204/01, 15-10, F. J. 4; 110/00, 5-5, F. J. 8.

visto en el artículo 607.2 CP sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) viene determinada por la inicial descripción de las conductas perseguidas, consistentes en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas ya que, puesto que no se exige expresamente elemento suplementario alguno, hay que considerar que en principio se trata de una difusión en cierto modo “neutra”, con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar» (40). «Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el artículo 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el artículo 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por la libertades científica [art. 20.1. b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través constituye un límite infranqueable para el legislador penal» (41).

9. Cuando el Código penal castiga como delito la mera transmisión de opiniones o ideas, aunque éstas puedan ser moralmente execrables o, incluso, contrarias al sistema democrático, se produce una inadmisibile interferencia de la intervención penal del Estado en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de expresión. Tal invasión resulta, por tanto, no sólo ilegítima sino, de hecho, abiertamente inconstitucional. Esta tesis se halla expresada en la STC 235/2007 del modo siguiente: «En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo,

(40) STC 235/2007, F.J. 6. En idéntico sentido, *vid.* la STC 20/90, F. J. 5.

(41) STC 235/2007, F.J. 6.

indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión (...), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político» (42).

10. A este respecto, el análisis de las dos conductas típicas previstas alternativamente en el artículo 607.2 CP permite al Tribunal Constitucional extraer diversas conclusiones provisionales. La primera es que no es lo mismo negar un genocidio que justificarlo. La negación de un hecho histórico no implica necesariamente la negación de su antijuridicidad, mientras a la justificación de dicho hecho sí subyacería, en cambio, la relativización del hecho justificado o, incluso, una valoración positiva del mismo. Gráfico es, a este respecto, el F.J. 7 de la STC 235/2007: «Nuestro cometido habrá pues de ceñirse en este caso a confrontar el texto cuestionado del artículo 607.2 CP con el ámbito protegido al derecho a la libertad de expresión en los términos reseñados en los anteriores fundamentos jurídicos. Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación, puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores».

11. El Derecho penal no interfiere ilegítimamente en el derecho fundamental a la libertad de expresión cuando de lo que se trata es de la sanción penal del llamado «discurso del odio». En tal caso, puesto que según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el discurso del odio nunca

(42) STC 235/2007, F.J. 6. Esta postura se halla recogida también en las SSTC 105/90, FF. JJ. 4 y 8; 287/00, 11-12, F. J. 4; STEDH, 23-4-92 (caso Castells), § 46.

puede quedar amparado por la libertad de expresión. Definido el discurso del odio como aquél que supone, por sus propios términos, una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, queda claro que la mera negación del genocidio no resulta subsumible, sin más, en tal concepto. De ello deduce el Tribunal Constitucional que la negación del genocidio podrá quedar amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión, o, al menos, que si ello no sucede no será porque se trate de una expresión del discurso del odio.

La STC 235/2007 expresa esta idea en los siguientes términos: «Procede, por tanto determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido a nuestro control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese “discurso del odio” al que, como ha quedado expuesto anteriormente, alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión. En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido –en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999– como aquel que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el artículo 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del artículo 20.1 CE» (43).

12. Ciertamente, las cosas podría llegar a ser distintas si pudiera concluirse que a toda negación del genocidio es inherente su idoneidad objetiva para crear de un clima de hostilidad hacia las personas pertenecientes al colectivo objeto del genocidio, y, además, la intención de quien lo niega de conseguir la creación de dicho clima. En tal caso, difícilmente podría evitarse la consecuencia de que, siquiera indirectamente, la negación del genocidio representaría una forma de promoción indirecta de conductas que podrían atentar contra la seguridad de los colectivos afectados y, por ende, una manifestación no cubierta por el derecho fundamental a la libertad de expresión. En relación con este particular, el Tribunal Constitucional entiende que del tenor literal del artículo 607.2 CP en modo alguno es posible dedu-

(43) STC 235/2007, F.J. 8.

cir que la negación al genocidio que el legislador penal considera típicamente relevante debe constituir, necesariamente, un peligro siquiera potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión. Puesto que realizar una interpretación restrictiva del artículo 607.2 CP por debajo del límite mínimo determinado por el tenor literal posible del precepto, esto es, una restricción teleológica del precepto, desbordaría los límites propios de la jurisdicción constitucional, la STC 235/2007 acaba entendiendo que la tipificación de la mera negación del genocidio (esto es, sin la exigencia expresa de que se trate de una negación realizada en tales términos que la conviertan en objetivamente adecuada para provocar la aparición de un clima de hostilidad hacia el colectivo víctima del genocidio objeto de la negación) se opone al contenido del artículo 20.1 CE.

En palabras de la STC 235/2007: «La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal– puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 12), la constitucionalidad, a priori del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del artículo 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión

en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)» (44).

13. Distinto a la negación es el caso de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. En el caso de esta conducta, el Tribunal Constitucional advierte que su tipificación como delito sería plenamente compatible con el derecho fundamental a la libertad de expresión, siempre y cuando tal justificación opere como incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la negación del genocidio, y a pesar de que en el caso de la justificación del genocidio el artículo 607.2 CP tampoco exige expresamente que la misma opere como incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio, finalmente el Tribunal Constitucional considera conforme a la Constitución Española la tipificación como delito de la justificación del genocidio. De ello se deduce que para el Tribunal Constitucional la justificación del genocidio, a diferencia de lo que ocurre con la mera negación, ya implica necesariamente una incitación directa a la realización del hecho justificado, esto es, del genocidio, a pesar de que el artículo 607.2 CP nada diga a ese respecto.

Así se desprende con claridad de la STC 235/2007: «Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el artículo 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable

(44) STC 235/2007, F.J. 8.

delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el artículo 607.1 CP como delito de genocidio –entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población– cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal» (45).

IV

1. La STC 235/2007 no fue en absoluto unánime. Respecto de la misma fueron formulados cuatro votos particulares: los emitidos por los Sres. Roberto García-Calvo y Montiel, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala Sánchez (46). Las líneas argumentales sobre las que descansan estos cuatro votos particulares son, a su vez, tres.

2. Por una parte, se afirma que la negación de hechos de tanta gravedad e históricamente tan incuestionables es claramente reveladora de que la intención de quien de tal modo niega la evidencia no es otra que humillar a las víctimas del genocidio e incitar indirectamente a la colectividad a la repetición de hechos similares. También se pone de relieve que no es sólo que los negacionistas actuarían con un evidente ánimo de menospreciar a aquellas víctimas, sino que objetivamente la negación del genocidio lleva intrínseca la humillación de sus víctimas. La negación del genocidio sería, en sí misma, vejatoria para las víctimas de éste.

(45) STC 235/2007, F.J. 9.

(46) Una exposición resumida de estos votos particulares puede encontrarse en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 132, n. 65 a 68.

Estos argumentos se hallan claramente expuestos en los votos particulares formulados por los Sr. Rodríguez Arribas, Rodríguez-Zapata Pérez, Sala Sánchez y García-Calvo Montiel. Según el voto particular del primero de ellos, «(...) no se trata de castigar el resultado de la investigación de un historiador demenciado que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento intencional alguno, y por lo tanto no resultaría punible, sino de poner coto, mediante la sanción penal, a la profusión de informaciones directamente encaminadas a minimizar o a explicar hechos monstruosos de genocidio para romper la barrera de repugnancia social que impide su temible repetición». Por lo que hace al voto particular del Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez se mantiene que «[e]n efecto, la STC 214/1991 desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación procesal, para concedérsela a doña Violeta Friedman, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau que reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del celeberrimo doctor Mengele. Afirmamos en el F. 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social». Por fin, en el voto particular del Sr. Sala Sánchez, «[r]esulta clara, pues, la existencia en el caso aquí examinado del elemento tendencial tantas veces mencionado, que dotaba de sustantividad punitiva tanto a la conducta de difusión de doctrinas negativas de los delitos de genocidio, como a los necesarios elementos distintivos de esta forma delictiva en relación con la modalidad de provocación definida con carácter general en el artículo 18 CP o con las específicas de los artículos 615 y 510 del mismo cuerpo legal, que en último término, y como se ha apuntado antes, podían suponer a lo sumo un problema concursal para cuya resolución la Sala a quo no precisaba del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna». Especialmente interesante resulta el voto particular del Sr. García-Calvo Montiel, en el que se destaca que el carácter objetivamente ultrajante de la negación del genocidio y la constitucionalidad del artículo 607.2 en relación con este particular se debe a que dicho precepto no castiga la mera negación de hechos, sino de delitos de genocidio («[e]l precepto pena la negación o justificación «de los delitos», no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la

destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no esté en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas («información veraz», art. 20.1.d] CE]. Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas»).

3. Se menciona, además, que difícilmente puede ampararse en la libertad científica como dimensión de la libertad de expresión la negación de hechos acreditadamente ciertos. Tal circunstancia convertiría a la negación en una manifestación abiertamente mendaz, y la mendacidad no puede quedar cubierta por la libertad de expresión. Tal postura es defendida, en especial, desde el voto particular del Sr. García-Calvo y Montiel: «las ideas y doctrinas criminalizadas en el artículo 607-2.º CP son las genocidas. No se trata de propagar doctrinas simplemente adversas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Tampoco se trata de la pura negación de unos hechos, como puede ser el exterminio de unos seis millones de judíos por el régimen criminal que gobernó el Reich alemán entre 1933 y 1945. El precepto pena la negación o justificación “de los delitos”, no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no esté en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas [“información veraz”, art. 20.1.d] CE]. Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas».

4. Por último, el voto particular del Sr. Sala Sánchez defiende que la STC 235/2007 incurre en una importante incoherencia interna. En el caso de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio el Tribunal Constitucional salva la conformidad del precepto con la Constitución afirmando que la tipificación como delito de la justificación del genocidio sería plenamente compatible con el derecho fundamental a la libertad de expresión siempre y cuando tal justificación opere como incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio. En cambio, la STC 235/2007 no hace lo propio con la negación. En palabras del voto particular de referencia: «Quiere indicarse con esto que si “justificación”, como dice la Sentencia aprobada, equivale a “incitación indirecta” a la comisión de delitos de genocidio, de tal forma que así se produciría, “en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración” o cuando, en segundo lugar, “con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (F. 9), no se

comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la “negación”. Y es que lo que el precepto cuestionado castiga en las dos conductas – no se olvide, legislativamente equiparadas– no es la simple “negación” en abstracto o la “justificación” consistente en “la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas” (F. 9), sino esas mismas “negación” o “justificación” en cuanto signifiquen, como acaba de decirse, la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión».

V

1. Es ampliamente dominante en la doctrina el punto de vista de acuerdo con el cual del artículo 607.2 CP es contrario al principio de responsabilidad por el hecho. La razón que suele invocarse es que las conductas tipificadas en el precepto consisten en una visión alternativa de hechos históricos amparada por la libertad de expresión. A partir de esta premisa, este sector doctrinal concluye que el artículo 607.2 CP es, en su conjunto, contrario al principio de responsabilidad por el hecho, por constituir una manifestación de Derecho penal de autor, por lo que debe ser derogado (47).

2. Como ya se ha expuesto *supra*, no es ésta, sin embargo, la solución adoptada en el caso de la Librería Europa por el Tribunal Constitucional, que opta por declarar inconstitucional la tipificación de la negación del genocidio y conforme a la Constitución Española, con determinados límites, su justificación. La solución alcanzada por

(47) De esta opinión LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», 19 (1996), pp. 269 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., Comentario al artículo 607 CP, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) / Jorge Barreiro, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 1422 s.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1997, pp. 32 y 38; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 138; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., pp. 170 s.; GARCÍA ARÁN, M., Comentario al artículo 607 CP, en Córdoba Roda, J. / García Arán, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, PE, II, 2004, p. 2699; DEL ROSAL BLASCO, B., Comentario al artículo 510 CP, en Cobo del Rosal, M. (Coord.), *Derecho penal español*, PE, 2.ª ed., 2005, p. 1198; JUDEL PRIETO, A., Comentario al artículo 510 CP, en Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal*, PE, II, 3.ª ed., 2005, p. 731; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Delitos contra la comunidad internacional, en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal*, PE, 3.ª ed., 2005, p. 745; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), p. 135. De otra opinión SUÁREZ ESPINO, M. L., «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *Indret*, 2/2008, pp. 4 ss.

la STC 235/2007 se explica fácilmente a partir de la nítida separación entre negación y justificación realizada por la Sentencia. Como afirma la STC 235/2007, no es lo mismo difundir ideas que nieguen el genocidio que hacer lo propio con ideas que lo justifiquen. Ciertamente, la negación de un genocidio, por ejemplo del holocausto nazi, puede ser contemplada, en realidad, como la negación de una incuestionable evidencia histórica. Dada la extraordinaria gravedad de los hechos objeto de la negación, la misma puede resultar merecedora del más severo reproche moral. No obstante, sigue teniendo sentido afirmar que cuando en el marco de la siempre polémica investigación histórica se emite una opinión discordante de la verdad históricamente consolidada tal opinión discrepante podría quedar amparada por la libertad científica [art. 20.1 b) CE]. Y ello, incluso, a pesar de que tal opinión pueda ser el resultado de una opinión subjetiva e interesada sobre acontecimientos históricos incontrovertidos. Tal es el punto de vista defendido por el Tribunal Constitucional en las fundamentales SSTC 214/1991, 11-11 (caso Violeta Friedman), FJ 8 y 43/2004, de 23 de marzo.

3. Así las cosas, y aunque *prima facie* ello pueda resultar paradójico, la negación del genocidio no deja de ser una opinión personal sobre acontecimientos históricos en la que no cabe apreciar, en todo caso, una humillación innecesaria de las víctimas del genocidio negado, ni tampoco una promoción de dicho delito (48). La ausencia de innecesariedad de la negación viene determinada por el hecho de que a los efectos del discurso político en el que suelen enmarcarse las manifestaciones negacionistas que nos ocupan, éstas suelen desempeñar un papel ciertamente esencial (49). En cuanto a la eventual promoción del genocidio mediante la negación del mismo, tal y como agudamente apunta LASCURAÍN SÁNCHEZ, bien podría concluirse que lo que acostumbra a suceder es más bien lo contrario: esto es, que quien niega el genocidio cometido por un determinada régimen político lo hace, precisamente, para justificar dicho régimen desmarcándolo de lo que se consideran deleznable hechos históricamente imputados a aquél. De tal modo que no resulta descabellado pensar que, al menos en algunas ocasiones, la negación del genocidio no sólo no supone promoción alguna del genocidio negado sino, acaso, todo lo contrario (50). Esta, y no otra, es la razón por la que en el § 130.3 *StGB* alemán no se castiga la mera negación del genocidio de *Aus-*

(48) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 4.

(49) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 4.

(50) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 5.

chwitz, sino aquélla objetivamente adecuada para alterar la paz pública (51).

4. Así las cosas, aunque de la negación del genocidio no tiene por qué desprenderse necesariamente una promoción de tal delito, de la misma sí suele destilarse un apoyo más o menos explícito al régimen político que lo provocó. Dependiendo de las características del genocidio objeto de la negación, así como del régimen que lo fomentó, cabrá atribuir razonablemente a quien niegue su existencia una actitud interna cuanto menos antidemocrático, y cuanto más racista, xenófoba, homófoba, etc. La cuestión es, entonces, si, pese a todo ello, el apoyo explícito a un régimen político antidemocrático, xenófobo y homófobo por parte de alguien que también lo es puede quedar amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

5. La respuesta a esta pregunta es la siguiente: tales manifestaciones de apoyo a un régimen político de tales características quedará amparado por el artículo 20.1 CE siempre y cuando no atente gravemente contra la dignidad o la libertad de las víctimas del genocidio negado, ni constituya un acto de promoción del delito negado. Lo contrario, esto es, sancionar penalmente a quien de tal modo se alinea con un régimen antidemocrático, sería un claro ejemplo de Derecho penal de autor. Es cierto que el discurso de la negación es antidemocrático, y también que normalmente quien lo mantiene persigue menospreciar y degradar a los colectivos victimizados por el genocidio negado, en abierta oposición al modelo constitucional. No obstante, ni lo uno ni lo otro puede llegar a interferir en el desarrollo del Derecho fundamental a la libertad de expresión.

6. En lo que respecta al carácter antidemocrático del mensaje, baste recordar que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el sistema constitucional español no es una democracia militante (52).

(51) Lo destaca LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., pp. 165 s. En la jurisprudencia, una amplia digresión sobre la *Auschwitzlüge* puede encontrarse, por ejemplo, en la SAP Barcelona, 2.ª, 259/2010, 26-4, F.J. 6.º

(52) *Vid.*, a este respecto, y entre otras muchas, las SSTC 176/1995, 11-12, F. J. 2 y 48/2003, 12-3, FF. JJ. 4 («[e]l valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas. De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución - y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada») y 7 («[p]or circunstancias

En cuanto a la posible intención de menosprecio o discriminación del emisor del mensaje, lo cierto es que aunque tal elemento constituye uno de los aspectos más destacados por la doctrina del Tribunal Constitucional y por los abundantes instrumentos internacionales existentes sobre la materia, no lo es menos que si la desde una perspectiva objetiva la negación se articula a través de un discurso político no (innecesariamente) humillante ni incitador del delito la (más que probable) actitud racista del emisor no puede alterar en nada la conclusión de que el mensaje se halla cubierto por el artículo 20.1 CE. Lo contrario daría lugar a una inadmisibile subjetivización del Derecho penal, incompatible con el principio del hecho (53). En palabras de Lascuráin Sánchez: «Desde un punto de vista más abstracto, no parece que este tipo de hirientes y estrambóticas negaciones puedan poner en peligro, siquiera lejano, la estabilidad del sistema. (...) [A] la sociedad le interesa que luzca la insensatez de lo afirmado, para su propia deslegitimación. Su prohibición, en cambio, no sólo debilita los principios del sistema, al silenciar el discurso sobre lo público, sino que dota de proyección y brillo a la idea callada» (54).

7. Si centramos por un momento la atención de la problemática planteada en si la realización de alguna de las dos conductas alternativas descritas en el artículo 607.2 CP constituye, por principio, un acto de promoción del genocidio, deberá compartirse la impresión general de la STC 235/2007 de que no es lo mismo negar el genocidio que justificarlo. (55) Como acertadamente defiende Lascuráin Sánchez, la justificación de un hecho presupone su valoración positiva, la reivindicación de su carácter pretendidamente justo, y parece invitar a la percepción por parte del destinatario del mensaje justificativo de que el

históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». Sobre estas resoluciones *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 5.

(53) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 6.

(54) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 5. O como se afirma desde la STC 176/1995 (caso Makoki), F.J. 2: «no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria».

(55) De la misma opinión ÍÑIGO CORROZA, E., en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina*, cit., p. 630.

hecho justificado debe ser realizado. Con todo ello, el mensaje justificativo vendría a estimular la reproducción del delito justificado (56).

8. No obstante, desde mi punto de vista la resolución del Tribunal Constitucional que ahora nos ocupa adolece, como mínimo, de dos importantes deficiencias. Por una parte, la STC 235/2007 afirma –recuérdese– que la tipificación de la negación del genocidio prevista en el artículo 607.2 CP es contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión porque en el precepto se halla tipificada la mera

(56) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 6. De otra opinión RAMOS VÁZQUEZ, J.A., RP, 23 (2009), pp. 135 s. No obstante, cabe admitir que, en ocasiones, la delimitación entre negación y justificación no puede establecerse de modo completamente nítido. Ello sucede en aquellos supuestos en los que la negación del genocidio se realice de tal modo que llegue a ser trivializada su propia existencia hasta el punto de ridiculizar a sus víctimas. Tal es el caso, por ejemplo, de los hechos de los que conoció en la SAP Barcelona, 10.ª, 28-9-09, relativa al caso de la Librería Kalki, aplicó el artículo 607.2 CP a un supuesto similar al de la Librería Europa. En el F.J. 7.º de la resolución se afirma: «En las publicaciones citadas en los hechos probados (...) se contienen frases que de modo evidente denigran y menosprecian al pueblo judío con intención de propugnar su más absoluta marginación social, cuando no su exterminio. Con ello se pone en peligro la pacífica convivencia ciudadana de los judíos. Y en estas mismas publicaciones, de otro lado, se hace un elogio del nacional-socialismo, y en particular de su máximo dirigente Adolf Hitler, su lugarteniente Rudolf Hess, y de algún otro de los tristemente célebres responsables del genocidio del pueblo judío y de otras etnias, como el pueblo gitano, cometido por el régimen nazi del III Reich alemán. Queremos citar el auto del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2008 en que estimó que estaba claramente dentro de la órbita del artículo 607.2 del Código Penal, incluso después de ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007, “elogiar y ensalzar a dos de los más importantes protagonistas de aquellas actividades genocidas”, en referencia al genocidio judío perpetrado por el régimen nacionalsocialista alemán. Y entendemos que banalizar o ridiculizar el holocausto, como se hace en alguna de las publicaciones, es también una forma de justificar el genocidio. No nos confundamos, una cosa es negar el holocausto y otra muy distinta es banalizarlo y ridiculizarlo, como se hace en muchas de las publicaciones relacionadas en el relato de hechos probados. (...) En algunos de los textos de las publicaciones que se relacionan en el relato de hechos probados se advierte una clara intención de vilipendiar al pueblo judío pues se les tacha de mentirosos, usureros, especuladores, parásitos, gatuza, serpientes, raza de víboras, pocilga, bellacos, criminales, esbirros, se llega a negarles la condición de seres humanos, etc., y ello con clara intención de provocar la discriminación y el suficiente odio contra la comunidad judía que llegue a justificar las acciones de violencia necesarias para acabar con el pueblo judío. (...) De entre los libros y publicaciones que se han detallado en el relato de hechos probados son especialmente esclarecedores, a mero título de ejemplo, los que seguidamente se citan con transcripción literal de algunos de sus párrafos más reveladores. Son textos claramente antijudíos, que menosprecian y vilipendian al pueblo judío con la clara finalidad de incitar al odio a dicho pueblo. En algunos incluso se propugna de modo expreso la eliminación de los judíos. Y se trata de textos claramente antijudíos, no antisionistas».

negación, y no, por ejemplo, la negación objetivamente adecuada para incitar indirectamente al genocidio. Y, en cambio, cuando se trata de la justificación el Tribunal Constitucional salva el precepto mediante una relectura constitucional del mismo de acuerdo con la cual el artículo 607.2 CP sería perfectamente compatible con la Constitución si la justificación se entiende como objetivamente adecuada para incitar indirectamente al genocidio. Pues bien: si pese a que el artículo 607.2 CP no exige que la justificación del genocidio sea adecuada para incitar indirectamente a la comisión de un nuevo genocidio el Tribunal Constitucional considera no sólo posible, sino incluso constitucionalmente necesario, ¿qué impide al TC hacer lo propio con la negación del genocidio? ¿Qué es lo que le habilita a releer constitucionalmente y salvar la justificación y no le permite hacer lo propio con la negación? Tal elemento hermenéutico diferencial acaso existe, pero, lamentablemente, en la STC 235/2007 permanece oculto.

9. Además, tampoco es posible afirmar que la resolución de referencia haya sido particularmente sensible a las necesidades de taxatividad de los preceptos penales. Si la finalidad de la STC 235/2007 no es otra que recortar el artículo 607.2 CP en función de la interpretación constitucional del precepto realizada por el Tribunal, entonces el mandato de determinación obliga al TC a que el Fallo de la resolución sea formulado de un modo directo y claro. Frente a tal exigencia, el Fallo de la resolución que ahora nos ocupa concreta la relectura constitucional de la justificación del genocidio remitiéndose a un complejo y muy extenso Fundamento Jurídico, el n.º 9 de la Sentencia (57). En lugar de esta remisión, habría sido ampliamente preferible establecer el criterio interpretativo en el mismo Fallo y con una fórmula sintética, tal como, por ejemplo, la que sigue: «El tipo de justificación del genocidio no es inconstitucional si se interpreta como incitación a la comisión del delito de genocidio» (58). Tras la LO 5/2010, el artículo 607.2 CP ha permanecido inalterado (59). No

(57) Concretamente, el Fallo de la STC 235/2007 reza como sigue: «En atención a todo lo expuesto, el tribunal constitucional, por la autoridad que le confiere la constitución de la nación española, ha decidido estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia: 1.º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal. 2.º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta sentencia. 3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás».

(58) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., RAD 6/2010, p. 7.

(59) Y ello a pesar de la propuesta de reforma contenida en el Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación elaborado por el ya

cabe descartar que una de las razones que explican la ausencia de adaptación del precepto a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007 sea, precisamente, su falta de taxatividad.

10. Sin perjuicio de lo hasta ahora afirmado, que el actual artículo 607.2 CP pueda ser considerado –con todos los matices introducidos por la STC 235/2007 y las observaciones realizadas *supra* al contenido de tal resolución– conforme a la Constitución Española no significa, en modo alguno, que desde un punto de vista político-criminal sea un precepto compartible. Por una parte, si lo que el artículo 607.2 CP pretende no es sino proteger el honor y la dignidad de los miembros de un colectivo minoritario –o del colectivo como tal– ante expresiones vejatorias, como podrían serlo, por ejemplo, las que consisten en la negación o la justificación de un genocidio, quizá bastaría subsumir tales hechos en el artículo 510.2 CP (60), los delitos contra el honor o, incluso, contra la integridad moral de las personas o colectivos ofendidos (61). Debe recordarse, a este respecto, que a pesar de que en sus orígenes la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se mostraba partidaria de que las personas jurídicas pudieran ser titulares del derecho al honor en atención al carácter personalista del derecho al honor, en la actualidad se muestra, en cambio, partidaria de

extinto Ministerio de Igualdad, y que en lo que ahora nos ocupa fue parcialmente compartida por el Ministerio de Justicia. En concreto, la propuesta de reforma del artículo 607.2 CP y su justificación rezó como sigue: «De acuerdo con la STC 235/2007, de 7 de noviembre, relativo al caso de la Librería Europa, la negación del Holocausto nazi, o de cualquier otro episodio histórico de Genocidio, se encuentra amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Según el TC, la excepción a esta regla viene representada por los casos en los que, salvo en aquellos supuestos en los que la negación se realice de modo adecuado para incitar a la violencia contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende (STEDH Ergogdu & Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999); o, cuando menos, para provocar un clima de hostilidad social contra dichos grupos. Puesto que los casos en los que ocurriría lo primero ya se encuentran contemplados en el artículo 510.1 CP, se propone la reforma del artículo 607.2 CP en el sentido siguiente: «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo de modo adecuado para provocar un clima de hostilidad social contra las personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, o justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

(60) BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 140 s.

(61) LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, cit., p. 172. En un sentido parecido GARCÍA ARÁN, M., Comentario al artículo 607 CP, en Córdoba Roda, J. / García Arán, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal*, PE, II, 2004, p. 2699.

extender dicha titularidad a las personas jurídicas, entendiendo que la protección de su reputación resulta esencial para el cumplimiento de sus fines (62).

11. Por lo demás, si, según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional la tipificación de la negación de genocidio es contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión y la de su justificación sólo es conforme con la Carta Magna en la medida en que implique una incitación al genocidio, entonces la cuestión es la siguiente: ¿realmente sirve para algo el artículo 607.2 CP? Desde mi punto de vista, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Por una parte, si –como suele suceder en estos casos– la justificación del genocidio implicase incitación al genocidio directa y por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, entonces la conducta resultará subsumible en el artículo 615 CP (63). Si la incitación es, en cambio, indirecta, sería de aplicación, entonces, el artículo 510.1 CP. En suma: si los casos de justificación del genocidio debe serlo también de incitación al genocidio, y ésta ya se encuentra contemplada en los arts. 510.1 CP (indirecta) y 615 CP (directa), ¿qué espacio de la incitación al genocidio vendría a cubrir el artículo 607.2 CP? (64) Desde mi punto de vista la respuesta es clara: ninguno. Se trata, por tanto, de un claro ejemplo de Derecho penal simbólico, en el sentido más negativamente connotado del término.

(62) El cambio de criterio se produjo como consecuencia de la STC 139/1995 F 5: «*la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena*». Han seguido posteriormente esta línea, entre otras muchas resoluciones, la STC 160/2003 F.J. 3, y el AAP Barcelona 5.ª, 221/06, 20-4.

(63) De la misma opinión FEIJOO SÁNCHEZ, B., Comentario al artículo 607 CP, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) / Jorge Barreiro, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 1424; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 139.

(64) En un sentido similar SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La regulación del *iter criminis*», en el mismo, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 157.