

LA NEGACIÓN DE UN GENOCIDIO NO ES UNA CONDUCTA PUNIBLE (COMENTARIO DE LA STC 235/2007)

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CRIMINALIZACIÓN DEL NEGACIONISMO EN EL DERECHO COMPARADO.—3. LA APOLOGÍA Y LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 3.1. *Antecedentes jurisprudenciales*: 3.1.1. La STC 214/1991, de 11 de noviembre, en el caso *Violeta Friedman*. 3.1.2. La STS de 1 de abril de 1995 que denegó la condición de refugiado político a Gerd Honsik. 3.2. *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*.—3.3. *El artículo 607.2 del nuevo Código Penal de 1995*.—3.4. *El caso Varela: la sentencia dictada en primera instancia y la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la A. P. de Barcelona*.—3.5. *La STC 235/2007, de 7 de noviembre*: 3.5.1. La posición de las partes que intervienen en el proceso. 3.5.2. La decisión adoptada por la mayoría del Tribunal: A) La negación del genocidio. B) La justificación pública del genocidio. 3.5.3. *Los Votos Particulares*. 3.5.4. *Reflexión final*.

1. INTRODUCCIÓN

Siete años ha tardado el Tribunal Constitucional en resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en torno al artículo 607.2 del Código Penal. La decisión, correcta a mi modo de ver, no ha causado sorpresa a la vista de los antecedentes jurisprudenciales, pero denota una actitud valiente por parte de la mayoría del Tribunal, porque es un pronunciamiento contracorriente que marca distancias respecto de la tendencia dominante en el contexto europeo, un ámbito en el que se registran iniciativas que apuntan en la dirección opuesta.

Mi análisis parte de una premisa generalmente aceptada. La garantía constitucional de la libertad de expresión se despliega con una especial intensidad

cuando está en juego al mismo tiempo la libertad ideológica o de pensamiento. En estos casos, cuando se registra esa concurrencia de derechos o, para ser más exactos, cuando el derecho a la libre expresión de ideas u opiniones es el instrumento a través del cual se ejercen las facultades que integran el contenido de la libertad reconocida en el artículo 16 de nuestra Constitución, no resulta exagerado hablar de un plus de protección, de una tutela reforzada o de una especial resistencia frente a eventuales restricciones. Un régimen privilegiado análogo al que se aplica en los Estados Unidos al discurso político.

Obviamente, este derecho adquiere pleno sentido cuando se ejerce para disentir de las convicciones dominantes. Como ha declarado repetidamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en una sociedad abierta y pluralista, no sólo se protegen las informaciones o ideas acogidas favorablemente por la sociedad o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también (y sobre todo) las opiniones que incomodan, perturban o molestan, que resultan impopulares, heterodoxas o «políticamente incorrectas», o incluso, añadido yo, despreciables, como las de contenido racista o xenófobo. No debemos perder nunca de vista la dimensión «contramayoritaria» de los derechos, en la que han insistido autores como Dworkin (1).

La conexión entre la tolerancia, entendida como la disposición a convivir con creencias y actitudes que uno desaprueba, y la libertad de expresión es evidente, porque ésta consiste en el derecho de cada uno a exponer opiniones que pueden desagradar profundamente a otros, incluso a la inmensa mayoría. Muchas veces las palabras y las ideas hieren, hacen daño y esto forma parte del juego. Es una incomodidad que tenemos que asumir. Es parte del precio que hay que pagar por vivir en una democracia.

Pero además de la libertad de expresión y la libertad ideológica, en los conflictos suscitados por la difusión de propaganda revisionista también puede entrar en juego otro derecho fundamental. Me refiero a la libertad de investigación científica o en los términos del artículo 20.1.b) de nuestra Constitución, la libertad de producción y creación científica. En relación con esta última, me limitaré señalar por el momento que se hace un flaco servicio a la verdad, creo yo, cuando se blindan las teorías y enunciados científicos contra todo intento de

(1) Sólo podemos calificar de derechos fundamentales aquellos que triunfan también frente al gobierno o la mayoría (R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984, pág. 285). El ejercicio de estos derechos no pueden supeditarse de entrada al cumplimiento de supuestos intereses colectivos o a imperativos coyunturales de utilidad social, no pueden sacrificarse en aras del bien común, aunque sí admiten, por supuesto, límites y modulaciones, que tienen que justificarse en cada caso atendiendo al criterio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la legítima finalidad que se persigue con la limitación.

refutación, en lugar de exponerlos a la crítica. Así es como avanza la ciencia, siempre de forma provisional y sin que nadie pueda estar completamente seguro de estar definitivamente en posesión de la verdad. No es bueno recurrir al Derecho para proteger la verdad (si es que existe) contra las dudas intelectuales o los ataques más o menos interesados.

Y esta regla resulta aplicable incluso cuando lo que se niega o justifica es nada menos que un genocidio. A tenor del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, suscrito en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, los actos de genocidio se caracterizan por un elemento intencional común, por un dolo específico: se cometen para intentar destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Esta especial cualificación del elemento subjetivo los distingue de la categoría más general de los crímenes contra la humanidad. Pues bien, al firmar la citada Convención, los Estados se comprometen a establecer «sanciones penales eficaces» para castigar además del genocidio otras conductas estrechamente ligadas al mismo: tentativa, conspiración, complicidad, y la incitación directa y pública a cometer genocidio. Se trata de actos preparatorios cuya represión es necesaria para poder prevenir eficazmente el genocidio. Nada se dice, en cambio, de la apología ni de la negación. De manera que no son conductas cuya tipificación venga exigida por los instrumentos internacionales.

2. LA CRIMINALIZACIÓN DEL NEGACIONISMO EN EL DERECHO COMPARADO

Cuando hablamos de negacionismo o revisionismo histórico nos estamos refiriendo al discurso que consiste en cuestionar o negar la realidad del genocidio cometido por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Comprendería la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio tanto de la realidad del genocidio como de su amplitud o de las modalidades de ejecución.

Así, el discurso negacionista niega la política de exterminio nazi contra los judíos. No sólo la voluntad de exterminio del III Reich, sino la liquidación sistemática, masiva e industrial de la comunidad judía (la solución final no fue otra cosa que la expulsión de los judíos hacia el Este). Niega la existencia de cámaras de gas (serían en realidad lugares de desinfección de la ropa de los deportados) y el exterminio de enfermos mentales, gitanos y miembros de otras razas consideradas inferiores. En todo caso, la cifra de víctimas judías es mucho menor de lo que se dice. El genocidio es una invención de la propaganda aliada, principalmente sionista, un mito cuya fabricación se debe únicamente a la perversidad y la avaricia de los judíos.

Ante este fenómeno, los distintos ordenamientos han reaccionado de manera muy diferente. Así, el enfoque y la solución que se da a este problema en la

doctrina y la jurisprudencia norteamericanas difiere sustancialmente del modo en que se ha resuelto esa misma cuestión en los ordenamientos europeos (2).

En los Estados Unidos, la redacción literal de la I Enmienda es bien rotunda: el Congreso no podrá aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o de prensa. En consonancia con esta formulación aparentemente absoluta de la garantía constitucional y el singular valor que se confiere a este derecho en la cultura jurídica y política norteamericana, ha acabado por imponerse, ya en el siglo XX y no sin vacilaciones y momentos de desfallecimiento, una concepción libertaria y no paternalista de la libertad de expresión, una libertad que se protege de forma enérgica y con carácter preferente.

La imagen que mejor ilustra la profunda confianza en el libre intercambio de opiniones es sin duda la metáfora del mercado de la ideas (*marketplace of ideas*), un hallazgo conceptual del Juez Holmes en su célebre opinión disidente de la sentencia *Abrams v. United States* (3): «la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios». La libre concurrencia, el contraste de opiniones, es el mejor antídoto; las mejores ideas, las más persuasivas o convincentes tienden a prevalecer en el debate público. En palabras del Juez Brandeis en *Whitney v. California* (1927), «la discusión brinda normalmente una protección adecuada contra la difusión de doctrinas nocivas». No es preciso que el Estado nos libre de las que considere perniciosas o peligrosas. La solución no es el silencio forzoso o la censura sino más expresión (*more speech*) y un debate público sin trabas, «desinhibido, vigoroso y abierto, lo que

(2) Para una información actualizada del estado de la cuestión en el Derecho comparado, véase J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio», en Anuario *Parlamento y Constitución*, 2008, y J. LUTHER, «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 9, 2008, págs. 247 y sigs. En los países que han optado por perseguir penalmente los discursos negacionistas, la instrumentación técnica de esa decisión en el Código Penal o en leyes especiales difiere en varios puntos. A la hora de determinar los crímenes cuya negación se reprime, se han adoptado distintas fórmulas: genocidio del pueblo judío (holocausto), genocidio cometido por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, genocidio de acuerdo con la definición de la Convención de 1948, genocidio perseguible con arreglo a las leyes nacionales o a sentencias de tribunales nacionales o internacionales, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes cometidos bajo regímenes comunistas... También son diferentes las soluciones aplicadas a la hora de definir la conducta típica (negar el hecho, ponerlo en duda, minimizar, banalizar, aprobar, tratar de justificar, negar el desvalor) o el bien jurídico protegido (orden público, paz social, dignidad humana). A veces se exige además un determinado móvil o perfil subjetivo: intento de desacreditar o discriminar a un grupo de personas por su raza, etnia o religión, intención de incitar a la violencia, la discriminación o el odio...

(3) 250 U.S. 616, 630 (1919).

incluye los ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente ácidos contra el gobierno y las autoridades públicas» (4).

En cualquier caso, tenemos derecho como personas adultas a conocer los argumentos de todas las partes implicadas en la discusión, por erróneos que puedan parecer, para poder ejercer responsablemente nuestros derechos de ciudadanía. Los poderes públicos han de ser exquisitamente neutrales respecto del contenido de los mensajes y no incurrir en diferencias de trato que favorezcan las expresiones de un determinado signo en perjuicio de otras, para no distorsionar de ese modo el desarrollo del debate.

La defensa a ultranza de la libertad de expresión ha llevado a la Corte Suprema a trazar una línea que separa nítidamente la actividad propiamente expresiva de los actos que pueden causar directamente un daño. Esta doctrina, que ocupa un lugar preeminente dentro del *background* jurisprudencial en materia de libertad de expresión, se estableció por primera vez en 1919, en la decisión que puso fin al asunto *Schenck v. United States*, y se ha mantenido sin demasiadas oscilaciones desde entonces. En aquella sentencia, la Corte propuso la siguiente fórmula para dirimir si estamos o no en presencia de una expresión constitucionalmente protegida: «la cuestión es determinar en cada caso si las palabras usadas son de tal naturaleza y se pronuncian en tales circunstancias que crean un claro e inminente peligro (*clear and present danger*) de causar males que el Congreso tiene derecho a prevenir» (5).

De acuerdo con este criterio, se permite la regulación estatal de las «palabras provocadoras» (*fighting words*), que apelan directamente al combate, a la lucha, esto es, de expresiones que pueden provocar actos de violencia por parte del receptor, mientras que se incluye dentro del ámbito protegido por la I Enmienda la «defensa general de ideas» (*general advocacy of ideas*) o, lo que es lo mismo, la apología de creencias o ideas de cualquier tipo. De hecho, la mayoría de los portales que difunden propaganda revisionista y racista por internet tienen su sede en los Estados Unidos (6).

(4) *N. York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

(5) 249 US 47, 51-52 (1919). El Juez Holmes, ponente de la opinión unánime de la Corte, que refrendó en ese caso las condenas impuestas a militantes socialistas contrarios a la guerra, subrayó la importancia del contexto en que se produce la expresión oral u escrita: «la más rigurosa protección de la libre expresión no podría proteger a un hombre que sabiendo que es una falsa alarma gritara ¡fuego! en un teatro abarrotado provocando el pánico...».

(6) La Corte revisó y perfiló un poco más este test en 1969, en su decisión *Brandenburg v. Ohio*. En este caso, no dudó en anular la condena a un miembro del Ku Klux Klan que había pronunciado una arenga racista, ultrajante y amenazante en el curso de una reunión celebrada en una granja aislada de Ohio. La Corte reconoce que el discurso es reprochable, pero no se había probado la existencia de una clara relación de causalidad entre las palabras pronunciadas y la comisión de

En Europa, en cambio, la libertad de expresión se proclama, en los propios textos constitucionales incluso, como un derecho limitado, que ha de ejercerse responsablemente, dentro de ciertos márgenes, sin incurrir en abusos. En caso de conflicto, otros derechos y principios constitucionales pueden llegar a pesar tanto o más que la libertad de expresión. Es más, ha tenido siempre un fuerte arraigo la tendencia a amparar sólo las expresiones que cumplen una función saludable (la búsqueda de la verdad o la participación en el proceso democrático, por ejemplo) o que promueven determinados valores. Esta actitud de prevención, de cautela, ante las nefastas consecuencias de la libre difusión de ideas con un alto grado de toxicidad, de peligro para la convivencia, no es fruto de la casualidad, no se produce por generación espontánea. Los traumas del pasado, de un pasado relativamente reciente aún, explican la especial sensibilidad de la mayoría de las sociedades europeas en este terreno. Es mejor prevenir que curar: la tolerancia con los intolerantes es una actitud suicida. Y es legítima, por tanto, la imposición de límites atendiendo al contenido del mensaje. Bien elocuente es, en este sentido, el contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La negación del Holocausto o de los crímenes contra la humanidad en general se tipifica penalmente en bastantes países europeos [son 12 en la actualidad los Estados que consideran punible esa conducta (7)]. El Reino Unido y los países nórdicos constituyen la principal excepción a una regla que se ha impuesto sin apenas resistencia en las últimas décadas.

En el ámbito del Consejo de Europa, se han aprobado varias recomendaciones en esa dirección (8) y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha

delitos o actividades ilegales, único supuesto en el que podría admitirse, como excepción a la regla general de libertad que rige en esta materia, la sanción penal. Sólo puede prohibirse la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley cuando esa defensa «esté dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente o su efecto más probable sea el de incitar o producir tal acción». En este caso, la Corte protegió la apología de conductas ilegales al entender que no existía realmente un «peligro claro e inminente».

(7) Alemania, Austria, Francia, Suiza, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Polonia, República Checa, Rumanía, Eslovenia y Chipre.

(8) La Recomendación de Política General núm. 7 sobre legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, aprobada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia el 13 de diciembre de 2002, recomienda a los Estados miembros que sus legislaciones califiquen como infracciones penales, entre otros comportamientos intencionales, «la negación, minimización grosera, justificación o apología públicas, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra». En la misma línea, la Recomendación de Política General núm. 9 sobre la lucha contra el antisemitismo, aprobada el 25 de junio de 2004, insta a los Estados a velar porque en la lucha contra el racismo, el Derecho penal tome en consideración el antisemitismo y penalice una serie de actos antisemitas, si son intencio-

venido avalando la legitimidad de las condenas impuestas en diversos países en aplicación de normas penales que castigan la difusión de publicaciones negacionistas, al considerar que tales publicaciones no pueden beneficiarse de la protección que brinda el artículo 10 del Convenio (9).

En el marco de la Unión Europea, y con el objetivo de armonizar la legislación de los Estados miembros en materia de delitos de carácter racista y xenófobo y facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros para combatir estos delitos, la Comisión Europea presentó en noviembre de 2001 una Propuesta de Decisión-Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia. En virtud de lo previsto en su artículo 4 los Estados asumen la obligación de castigar como actos delictivos una serie de conductas racistas y xenófobas, entre las que se incluyen «la apología pública con fines racistas o xenófobos de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra» y «la negación pública o la banalización de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 en la medida en que ello pueda perturbar el orden público» [apdos. c) y d)].

En el curso del largo proceso de elaboración de esta Decisión-Marco, el 20 de abril de 2007 los ministros de Justicia e Interior de los 27 Estados de la UE alcanzaron un acuerdo para que la incitación al racismo y la xenofobia sea

nales, y, entre ellos, la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas de la Shoah. Estas exhortaciones a la criminalización van un paso más allá de las declaraciones de condena que podemos encontrar, por ejemplo, en algunos pronunciamientos de la ONU. En la Resolución 60/7 de las Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005, «sobre el recuerdo del Holocausto», la Asamblea General rechazó «toda negación, ya sea parcial o total, del Holocausto como hecho histórico». El 26 de enero de 2007, la Asamblea General aprobó otra resolución, la 61/255, rechazando «cualquier acción tendente a negar el Holocausto, pues al ignorar terribles eventos como éste, aumenta el riesgo de que se repitan» y condenando «sin ninguna reserva cualquier negación del Holocausto».

(9) Los litigios relacionados con la negación del Holocausto han recalcado en diversas ocasiones en el Tribunal de Estrasburgo (casi siempre en la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos). En una valoración de conjunto, la jurisprudencia recaída en estos asuntos no destaca precisamente por su solidez. Se rehúye el terreno del artículo 10, de la ponderación y los refinados test de proporcionalidad y se recurre a la artillería (conceptual) de grueso calibre: la cláusula del abuso de derecho del artículo 17 del Convenio. Una desmesura, en mi opinión, porque no estamos ante situaciones excepcionales de crisis o de peligro para la estabilidad de las democracias europeas que podrían justificar una drástica limitación de la libertad de expresión. Para un análisis *in extenso* de las decisiones del TEDH relacionadas con la propaganda revisionista, véase mi artículo «La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», publicado en el núm. 71-72 (enero-agosto 2008) de la *Revista de Derecho Político* (UNED), págs. 19-56.

un delito en todos ellos, aunque se introdujeron garantías respecto de aquellos Estados en los que la libertad de expresión permite ese tipo de manifestaciones.

El acuerdo, impulsado por la presidencia alemana, establece penas de entre uno y tres años de prisión para la incitación al odio o la violencia contra grupos definidos por su ascendencia u origen étnico o nacional, así como para la apología pública, la negación, la justificación o la banalización o trivialización de los crímenes de guerra o contra la humanidad o los genocidios reconocidos por el Tribunal de Nuremberg o por otros tribunales internacionales. El texto final, que ya cuenta con el visto bueno del Parlamento Europeo (10), obliga a los Estados a tipificar y castigar estas conductas, pero no a modificar sus reglas constitucionales y principios fundamentales relacionados con la libertad de expresión (11). La eficacia práctica de este acuerdo de mínimos, que algunos han valorado como una rebaja sustancial respecto de la propuesta original de 2001, queda un tanto diluida, porque los Estados sólo estarán obligados a aplicar las sanciones cuando tales conductas se realicen «de manera que provoquen una alteración del orden público» o de forma «amenazadora, abusiva o insultante» (que inciten a la violencia en suma).

3. LA APOLOGÍA Y LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

3.1. *Antecedentes jurisprudenciales*

3.1.1. *La STC 214/1991, de 11 de noviembre, en el caso Violeta Friedman*

Suele invocarse como detonante de la tipificación de estas conductas como delictivas en nuestro ordenamiento la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en el caso *Violeta Friedman*. A esta emblemática Sentencia se apela a lo largo de todo el proceso legislativo como argumento de autoridad para disipar posibles dudas de inconstitucionalidad. Fue sin duda la *occasio legis*. Violeta Friedman,

(10) El Pleno del Parlamento aprobó el 21 de junio de 2007 un informe favorable a la propuesta en el que se recogen algunas recomendaciones al Consejo de cara a la redacción definitiva de esta Decisión-Marco.

(11) Algunos países, como el Reino Unido, Irlanda, Italia, Dinamarca o Suecia, se habían mostrado muy reacios y lo cierto es que al amparo de esa cláusula parece que estos países podrán excluir el delito de negación del Holocausto y otros genocidios si este tipo no está recogido en su ordenamiento penal y entra en conflicto con su concepción de la libertad de expresión. Una vez aprobada la Decisión-Marco por el Consejo, cada país tendrá un plazo de dos años para ajustarse a las exigencias de la norma europea.

la demandante primero ante la jurisdicción ordinaria y después, en amparo, ante el TC, era una judía superviviente del campo de concentración de Auschwitz en el que había perdido a toda su familia. Invocaba su derecho al honor frente a las declaraciones de claro contenido antisemita de Leon Degrelle, un belga residente en España que había sido jefe de las Waffen S.S. Friedman entendía que en sus declaraciones, publicadas en la revista *Tiempo* en agosto de 1985, el demandado no sólo tergiversaba la Historia, sino que, además, llamaba mentirosos a quienes, como la demandante, padecieron los horrores de los campos de concentración nazis (12).

Pero, por más que se invoque como precedente, en realidad no es la negación del genocidio lo que lleva al Tribunal Constitucional a conceder el amparo en este caso, sino «la valoración de las declaraciones del demandado en su conjunto», que traslucen un claro menosprecio del pueblo judío. Lo dice con meridiana claridad: «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 ciertamente 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, [...] sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos» (FJ 8).

Por consiguiente, son los juicios ofensivos contra los judíos lo que el Tribunal censura como «afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos». Y eso le lleva a sostener que el derecho al honor de las víctimas y la dignidad de todos los seres humanos operan como límites materiales de la libertad de expresión: «Ni la libertad ideológica, ni la libertad de expresión 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 C.E.), que han de respetar, tanto los poderes públicos, como los propios ciudadanos».

(12) Entre otros extremos, Degrelle afirmaba en la entrevista lo siguiente: «¿Los judíos?... si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios»; «el problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos; si no tienen enemigos, los inventan»; «dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez».

«Esta incitación racista —continúa la sentencia—, constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella sufridos y padecidos, como con desgarró se exponen en la demanda, no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral sino antes al contrario, y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, ... razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones...». Las opiniones vertidas por Degrelle no son simples disquisiciones o valoraciones sobre determinados acontecimientos históricos. Son afirmaciones que denigran a las víctimas y suponen una intromisión en el honor de la recurrente.

Y concluye: «De la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que, ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social». Se estima por tanto el amparo por violación del derecho al honor de la demandante (13).

En esa misma línea se inscribe la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en el caso *Makoki*. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo interpuesto por el director de la editorial Makoki contra la sentencia que le había condenado como autor de un delito de injurias contra el pueblo judío. La sentencia afirma que el honor colectivo merece también protección y que la libertad de expresión no comprende el derecho a insultar y proferir expresiones de odio, que no tienen cabida en la Constitución. Se trataba de un cómic vejatorio e injurioso para los judíos que convertía su cautiverio en los campos de concentración nazis en motivo de burla. Es bien elocuente la siguiente afirmación del Tribunal: «la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos a costa de la humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión». Se

(13) Vid. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «No todas las ideas son respetables. Racismo y nacionalismo en el Estado constitucional democrático. Acerca de la STC 214/1991, de 11 de noviembre», en *Revista General de Derecho*, núm. 585, 1993, págs. 5785 y sigs.

trata en suma de un mensaje racista, de lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad.

Para el Tribunal, el álbum titulado *Hitler = SS* es, por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica. Por lo tanto, hay que situarlo en principio dentro del ámbito de una lícita libertad de expresión. Es evidente, prosigue la sentencia, 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. En consecuencia, 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». La afirmación de la verdad absoluta es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa. Para no caer en esa tentación, hemos de asumir que nos enfrentamos a «cuestiones intrínsecamente discutibles» y polémicas.

3.1.2. *La STS de 1 de abril de 1995 que denegó la condición de refugiado político a Gerd Honsik*

Gerd Honsik, reclamado por la justicia austriaca por haber negado reiteradamente en su libro *Absolución de Hitler* y en la revista *Halt* la existencia del genocidio judío y de las cámaras de gas durante el III Reich, huyó a España en 1992, tras ser condenado por un tribunal de Viena a dieciocho meses de prisión por este tipo de afirmaciones sobre el régimen nacionalsocialista alemán (14).

(14) G. Honsik había sido condenado como autor del delito previsto en el artículo 3.g), apartado 1.º, de la Ley de Prohibición, mediante Sentencia dictada el 5 de mayo de 1992, que daría lugar, una vez agotados los recursos internos, a la presentación de una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo (*vid.* la decisión de inadmisión de 18 de octubre de 1995 en el asunto *Honsik contra Austria*). Se le consideró culpable de haber actuado en un sentido nacionalsocialista por haber difundido diversas publicaciones editadas por él mismo, en las que negaba que el régimen nazi planificase la eliminación de ciertos grupos en los campos de concentración mediante el empleo de gas tóxico. En sus artículos sostenía que ningún judío fue gaseado y denunciaba la «calumniosa propaganda aliada» sobre las cámaras de gas y la supuesta aniquilación de los judíos en campos de exterminio. Este personaje, que fue uno de los invitados por el presidente iraní, Mahmoud Ahmadineyad, al Congreso que organizó en Teherán bajo el título «Revisión del Holocausto: una visión global», volvió al primer plano de la actualidad en agosto de 2007, al ser detenido por la policía española en su casa de Benalmádena (Málaga), en cumplimiento de una orden europea de detención y entrega dictada por las autoridades austriacas.

En septiembre de 1993, la Audiencia Nacional desestimó la solicitud de Honsik para ser considerado refugiado político en España (15), decisión que fue ratificada por el Tribunal Supremo.

En efecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.^a) del Tribunal Supremo, de 1 de abril de 1995, declaró que no había lugar al recurso de casación interpuesto por Honsik contra la decisión de la Audiencia Nacional (16). El recurrente invocaba la libertad de expresión, que ampararía su afirmación de que el comúnmente llamado holocausto judío es «mendaz propaganda». Entendía que su caso encajaba en los supuestos legales que justifican la concesión de la condición de refugiado, pues se le había condenado por la publicación de un libro y una serie de artículos cuya finalidad no era otra que cuestionar la veracidad histórica de las imputaciones criminales contra el III Reich, adscribiéndose a la corriente científica denominada «revisiónismo histórico». Sostenía que con esas publicaciones no había promovido el odio racial, ni había justificado o aplaudido medidas encaminadas al exterminio de un determinado colectivo humano. Concluía afirmando que la condena impuesta

(15) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de septiembre de 1993 desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado de 29 de diciembre de 1992, que denegó al recurrente la condición de refugiado político, con el argumento de que del expediente no se deducían indicios suficientes para considerar que sufría una persecución personal y concreta por alguno de los motivos previstos en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra de 1951. Pese a ello, la Audiencia Nacional rechazaría en noviembre de 1995 su extradición a Austria por no cumplirse el principio de doble incriminación. En esa ocasión, la Sala adujo que el delito de apología del genocidio, que contempla entre otras cosas la negación, justificación y banalización de las conductas genocidas, no se introdujo en la legislación española hasta mayo de 1995, por lo que no era aplicable a conductas cometidas con anterioridad.

(16) En el fundamento jurídico 3 de la sentencia impugnada se recuerda que el recurrente es «un evadido de la justicia austriaca» y se defiende la tesis de que los tribunales españoles no pueden inmiscuirse en las sentencias dictadas por los austriacos. En consecuencia «no puede un Tribunal español censurar, calificar o corregir la sentencia extranjera en cuanto venga referida a acreditamiento de hechos o a calificación jurídico-penal de los mismos». La conclusión es clara a juicio de la Sala: «no podemos pronunciarnos acerca de si las publicaciones del señor H. son simple estudio histórico... o, por el contrario..., estamos ante una verdadera apología del régimen nazi». Para la Sala, lo relevante es que el actor fue condenado por un tribunal de un país democrático, en un proceso con todas las garantías y en aplicación de una Ley aprobada por un Parlamento democrático cuya inconstitucionalidad no ha sido declarada. La institución del refugio «defiende al disidente portavoz de causas limpias, por minoritarias que sean, y la propia Convención de Ginebra... viene a excluir del refugio en su artículo 1.F.e) a los culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas, principios y fines que mal se compaginan con la vieja ideología nacionalsocialista del III Reich, por no mencionar los métodos» (FJ 5).

por un tribunal de su país vulneró su derecho a la libertad de expresión y que reunía los requisitos para ser reconocido como refugiado político (17).

Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal se oponen al recurso de casación al considerar que la conducta sancionada no está protegida por la libertad de expresión y concurren además algunas de las causas de denegación del refugio previstas en el artículo 1 del Convenio de Ginebra.

Para la Sala del Tribunal Supremo, la primera cuestión a dilucidar es si los tribunales españoles pueden entrar a conocer de una sentencia dictada por un tribunal de otro país cuando el extranjero que pretende el reconocimiento de la condición de refugiado alega esa condena como motivo de su solicitud. La sentencia resuelve la cuestión en sentido positivo, pero con un importante matiz: siempre que se eluda cualquier juicio sobre la corrección jurídica y técnica de la sentencia extranjera y se valore únicamente desde la óptica de la legislación española sobre asilo y refugio, que hace expresa referencia al Convenio de Ginebra sobre Refugiados de 1951. Se trata en suma de decidir «si una condena penal puede considerarse, inmediatamente, persecución real que preste credibilidad al temor fundado de ser perseguido» y si, en caso de respuesta afirmativa, una sentencia como la impuesta por el tribunal austriaco puede reconducirse a alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.A.2 de dicho Convenio. Y para ello es preciso examinar si la conducta a que se refiere la sentencia puede considerarse como legítimo ejercicio de la libertad de pensamiento, expresión y creación científica.

Respecto de la primera de las cuestiones enunciadas, es difícil negar el carácter persecutorio de una condena penal de privación de libertad, que además en el caso de autos ha motivado una orden de detención del condenado. A juicio de la Sala, esa condena es motivo suficiente para justificar el temor a ser perseguido. Otra cosa es, sin embargo, la respuesta que haya de darse al segundo de los problemas reseñados, porque, en primer lugar, Austria es un Estado democrático, con un nivel de protección de los derechos fundamentales (hemos de suponer) similar al español; un país en el que la organización judicial pone al

(17) El recurrente criticaba el tipo penal que le fue aplicado, un «cajón de sastre» en el que tiene cabida cualquier conducta que pueda considerarse como manifestación de simpatía hacia el nacionalsocialismo. La indeterminación del precepto provoca una grave inseguridad jurídica, pues cualquier indagación o análisis que se haga sobre ese período —y que no incluya una rotunda condena— puede ser tenida como «actuación en sentido nacionalsocialista». Honsik insiste en que ningún tema, acontecimiento o período de la Historia pueden quedar vedados a la penetración de la razón y de la crítica humanas, por muy doloroso que pueda resultar su examen para determinadas personas, grupos o colectividades. Lo contrario sería amordazar toda disidencia de las tesis imperantes.

alcance del condenado la posibilidad de recurrir la sentencia ante diferentes instancias nacionales, e incluso impetrar la protección del Tribunal de Estrasburgo, y la ley penal aplicada no ha sido declarada inconstitucional. Y en segundo término, porque la conducta sancionada no se limitó, en contra de lo que afirma el recurrente, a «la mera exposición de una teoría científica que expresaba un punto de vista distinto del dominante respecto de la persecución del pueblo judío por el régimen nacionalsocialista, carente de valoraciones racistas o xenófobas», sino que, por el contrario, los hechos que determinaron la imposición de la pena privativa de libertad podían calificarse como apología del nazismo y de sus modos de actuación política, «capaces de legitimar el exterminio de grupos humanos a través de métodos violentísimos como el de la cámara de gas en los campos de concentración, pues la presentación como *mendaz propaganda* del comúnmente llamado holocausto judío, viene a suponer un ataque a los que defienden su existencia... y, patentemente, una defensa del sistema nacionalsocialista y de sus métodos de actuación política».

La sentencia no sólo asume sin la menor reserva la interpretación que vienen haciendo los tribunales austriacos de este precepto, sino que no duda en afirmar que, contemplada la norma en su contexto, su existencia está justificada, al ser Austria un país que padeció intensamente las consecuencias de la aplicación práctica de esa ideología. Es difícil por ello establecer una conexión entre la conducta del recurrente y las causas por las que se concede el refugio, porque, en definitiva, el delito por el que fue condenado persigue el racismo, la xenofobia y las prácticas políticas que lo justifican (FJ 5).

En cuanto a la invocación por el recurrente de la libertad de expresión e ideología, la Sala recuerda que esas libertades no se reconocen en los países democráticos de una manera absoluta, sino que encuentran límites derivados de la necesidad de respetar otros derechos y libertades también fundamentales. En este caso, del empleo de la expresión «actuar en sentido nacional-socialista» se deduce que lo que la ley penal sanciona es la apología de métodos violentos de acción política, más que la mera manifestación de la ideología en sí misma, de modo que la norma puede considerarse como una medida necesaria en una sociedad democrática para preservar la seguridad pública, singularmente en un país como Austria, razonablemente sensibilizado por su pasado histórico (FJ 6). La Sala desestima por todo ello el recurso de casación.

El Magistrado Vicente Conde formuló un razonado y extenso Voto Particular a esta Sentencia, que anticipa de algún modo su postura ya como Magistrado del Tribunal Constitucional en relación con la cuestión que se ventila en la Sentencia que comentamos. El propio Conde sintetiza las claves de la decisión de la que disiente en cinco puntos. Desde nuestra perspectiva, el que ahora nos interesa más es el segundo. En contra del criterio defendido por la mayoría, Conde

sostiene que «la mera negativa de un hecho histórico, por todo lo disparatada e incluso malintencionada que pueda considerarse, y pese al enorme dolor y repugnancia que tal hecho histórico suscita, no puede equipararse a la defensa de la ideología del régimen que lo provocó. La equiparación que establece la sentencia mayoritaria es más una apreciación valorativa, casi apriorística, que la conclusión de un razonamiento en términos lógicos». En efecto, se detecta una quiebra en la argumentación: negar no equivale a defender o propugnar. La Sentencia acepta la calificación penal efectuada por el tribunal austriaco, sin entrar a enjuiciar previa y directamente los hechos imputados al recurrente en el marco de nuestra propia legalidad (18).

Según Conde, «no es lo mismo cuestionar la imputación de unos determinados crímenes del régimen nazi que hacer la apología del mismo» (FJ 6). Una distinción trascendental que la Sentencia pasa por alto. Porque al actor, que ciertamente cuestiona la veracidad histórica de unos crímenes atribuidos al III Reich, sobre cuya realidad existe un consenso casi unánime, se le atribuye la perversa ideología de los autores de dichos crímenes, sin que exista un razonamiento lógico que cubra ese salto. Para Conde, «la negativa del crimen no tiene por qué suponer necesariamente simpatía ideológica con el criminal». Además, «aun admitiendo a los meros efectos dialécticos esa simpatía y esa impregnación ideológica, una y otra no rebasan en este caso la esfera íntima del sujeto, intangible al derecho, que se debe limitar a enjuiciar lo que los escritos del actor dicen, y no los supuestos sentimientos o ideologías que puedan ocultarse en el hondón de su conciencia personal» (FJ 7). Y en esos escritos Honsik no da el paso de proclamar la bondad del régimen nazi, ni hace afirmaciones que pudieran tacharse de terroristas, racistas o xenóforas.

Si nos atenemos a la detallada descripción contenida en el relato fáctico de la sentencia del tribunal de Viena, las publicaciones del actor consisten en análisis de hechos del pasado, «sin que en ninguno de los pasajes transcritos se contengan ni manifestaciones explícitas de apología del régimen político autor de los execrables crímenes, o de desprecio a los grupos o personas que fueron

(18) Conde cree que la argumentación de la sentencia carece de consistencia lógica y no resulta convincente. Admite que el caso encierra una especial dificultad porque la alegada persecución proviene de una sentencia dictada por un tribunal de un Estado impecablemente democrático, lo que no es habitual. Y comparte la afirmación de la mayoría de que no pueden enjuiciar la corrección jurídica de la sentencia extranjera, pero considera que, como reconoce la Sentencia, están obligados a pronunciarse, desde la óptica de los derechos humanos, acerca de la ley que se aplicó y el modo en que lo fue, por si resultaran atentatorios al derecho a la libre creación científica y a la libre expresión del pensamiento, en cuyo caso nos situaríamos dentro del ámbito de protección de la Convención de Ginebra. Y para poder emitir cabalmente ese pronunciamiento, hay que analizar necesariamente el significado de las publicaciones del recurrente.

sus trágicas víctimas». Es comprensible, admite Conde, que «desde la memoria histórica de unos hechos que constituyen una de las más ominosas manifestaciones de la degradación a que pueden llegar los humanos..., surja como actitud refleja el rechazo de quien osa cuestionar lo que la Historia ha sentenciado como realidad». Pero es obligación del jurista «sobreponer al reflejo sentimental la serena y rigurosa reflexión jurídica», analizando fríamente el significado que deba atribuirse a la tesis, ciertamente extravagante, del recurrente (FJ 10).

Evocando como precedente la STC 214/1991, Conde concluye que en este caso «es sólo el cuestionamiento histórico del holocausto lo que está en juego, y es lógico estimar, siguiendo la directriz jurisprudencial de la sentencia referida, que ese cuestionamiento está jurídicamente cubierto por el derecho de libertad de expresión e ideológica». Así pues, los hechos por los que el actor fue sancionado en su país constituyen, en el marco de inexcusable referencia de nuestra Constitución y de los Convenios Internacionales aplicables al caso, lícito ejercicio de la libertad de expresión (19). No siendo de aplicación al actor ninguna de las causas de exclusión del artículo 1.F de la Convención de Ginebra, el Magistrado discrepante concluye que concurren en el actor los requisitos precisos para reclamar la condición de refugiado, que le debió ser reconocida.

3.2. *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*

El largo proceso de gestación del tipo penal recogido hoy en el artículo 607.2 del Código Penal comienza en 1993. Cuando se analiza despacio este proceso llama mucho la atención el contraste que se percibe entre la indisimulada autocomplacencia y el entusiasmo voluntarista de la clase política y mediática y el rechazo o las serias reservas de la doctrina penalista (20). Lo que no es, por cierto, una situación insólita. Ocurre con cierta frecuencia.

(19) Para Vicente Conde, tampoco ofrece dudas el trasfondo o significado político de la persecución. Se trata de un delito de opinión.

(20) Son mayoría, en efecto, los autores que consideran inconstitucional, por vulnerar la libertad de expresión, la regulación de la mal llamada apología del genocidio y, en general, toda regulación de conductas apologéticas que no puedan ser entendidas como formas de provocación. Véase, por todos, Bernardo del ROSAL BLASCO, «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Madrid, CGPJ, 1996, págs. 185-213. Una de las pocas excepciones es Justa GÓMEZ NAVAJAS, «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)», en *La Ley*, núm. 4790, 1999, págs. 1-10.

Como pone de manifiesto el debate parlamentario, no es difícil apreciar un cierto grado de impostación en la decisión de introducir este tipo. Ese mimetismo tiene quizá una explicación y es que entre nosotros pesa todavía el complejo de demócratas recién llegados al club. E inevitablemente ese complejo lleva a sobreactuar, para quedar bien, de cara a la galería (internacional, en este caso). Es verdad que España se había convertido en refugio y base logística desde la que se difundían y publicaban escritos, libros y todo tipo de materiales que ensalzaban las ideologías derrotadas en la Segunda Guerra Mundial y que se celebraban reuniones de grupos de extrema derecha. Obviamente, la decisión no se justifica porque existiera un clamor claramente perceptible, una demanda o necesidad social imperiosa en ese sentido, como podía haberla (en ese momento) respecto de la apología del terrorismo. La magnitud del peligro que se pretende atajar no es equiparable. No es comparable siquiera.

La decisión se inscribe más bien dentro de las coordenadas de un Derecho penal simbólico, cuya función latente es trasladar un mensaje de tranquilidad a la ciudadanía, una función pedagógica si se quiere, más que proteger efectivamente determinados bienes jurídicos. Se quiere dar la impresión de que los responsables políticos, preocupados por los brotes de racismo y antisemitismo, actúan con diligencia y eficacia para combatir esa lacra, de que se lo toman en serio y se suman a la corriente internacional favorable a la incriminación del revisionismo (21). Pero lo cierto es que la propaganda revisionista apenas tiene presencia entre nosotros y no constituye un problema que requiera una urgente respuesta (22). No importa, porque lo que realmente se busca son réditos políticos a corto plazo, sin prestar la debida atención a las exigencias de una buena técnica legislativa o a los problemas prácticos que pudiera plantear su aplicación.

El origen inmediato de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, está en una Proposición de la Ley Orgánica con ese mismo título presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso el 17 de diciembre

(21) Con estas normas, destinadas muchas veces a no ser aplicadas, los agentes políticos quieren dar la «impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido» (Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992, pág. 305; *vid.* también *La expansión del Derecho penal*, Civitas, 2001).

(22) Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, 2001, págs. 102-103. Lo que más sorprende es que estos tipos hayan traspasado las fronteras geográficas naturales y hayan encontrado acogida de forma especialmente generosa en los países latinos (Francia es un ejemplo paradigmático), aunque no sea «nuestra guerra» (pág. 113).

de 1993 (23). Una iniciativa cuya tramitación y aprobación pasó desapercibida, como reconocen los propios parlamentarios en algún momento.

Se alude en la Exposición de Motivos a la proliferación en toda Europa de episodios de violencia antisemita y racista y al hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones contempladas, sin embargo, en Tratados Internacionales ratificados por nuestro país. Para el Grupo proponente, «una interpretación más exigente de las obligaciones internacionales asumidas por España así como el deber de solidaridad y firmeza que la proliferación de estos actos exige, nos obligan 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 (Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre)» (24).

De acuerdo con el texto que se proponía (art. 1), se pretendía añadir un nuevo artículo 137 bis.b) al Código Penal, con el siguiente contenido:

«Serán castigados: 1. ... los que hicieren apología de los delitos tipificados en el mismo. Hay apología cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito, o a enaltecer a sus autores.

2. ... los que fabricaren, difundieren o exhibieren símbolos o cualesquiera otros medios de propaganda que representen o defiendan los hechos tipificados en el artículo anterior.»

El Pleno del Congreso acordó tomar en consideración la Proposición en su sesión de 14 de junio de 1994 (25). En el turno de fijación de posiciones, los

(23) *BOCG*, Congreso, V Legislatura, Serie B, núm. 52-1, de 4 de enero de 1994.

(24) La alusión a esta Sentencia no es el único desliz que contiene este preámbulo. Porque también se apela, erróneamente a mi juicio, al Convenio de Nueva York de 1948.

(25) *DS*, Congreso, núm. 78, de 14 de junio de 1994, págs. 3938 y sigs. El debate se abrió con la presentación de la iniciativa por parte del diputado Robles Fraga (Grupo Popular). Confiesa que lo que le mueve es «un deber básico de solidaridad europea», dado que estas conductas están perseguidas penalmente en diversos ordenamientos europeos, así como «un deber de solidaridad histórica con las comunidades sefarditas españolas, que... marcharon al holocausto hablando en español». Su diagnóstico sobre las normas vigentes en ese momento es claro: no proporcionan una protección suficiente. Recuerda que el artículo 137 bis del Código Penal de 1973 tipifica el delito de genocidio y que los artículos 173, 174 y 175 del mismo texto declaran ilícitas las asociaciones que promuevan la discriminación racial o inciten a ello. Pero estas previsiones no están a la altura de lo que exigen los instrumentos internacionales. El portavoz del Grupo Popular termina

portavoces de todos los Grupos mostraron un apoyo sin reservas a la tramitación de esta iniciativa, pese al anuncio de la inminente presentación de un proyecto de nuevo Código Penal que podría incorporar presumiblemente una disposición análoga a la propuesta. De hecho, se aprobó su toma en consideración por unanimidad (301 votos a favor de 301 emitidos). Un dato que me parece muy revelador. Nadie planteó la más mínima reticencia u objeción.

Al contrario, algunas enmiendas, como la suscrita por el Grupo Federal IU-IC, proponían ir más lejos y tipificar expresamente como delito la negación del Holocausto (26). El Grupo Socialista, por su parte, formuló una enmienda (la núm. 3) proponiendo también la inclusión de la negación o minimización del genocidio como conducta punible, pero se añadía la exigencia de que la apología constituyese una incitación directa a cometer delito, en la línea del proyecto de Código Penal que entonces comenzaba a tramitarse.

La ponencia acordó por unanimidad incorporar la enmienda del Grupo Socialista al artículo 1. Se modifica, en consecuencia, el concepto de apología del delito de genocidio del nuevo artículo 137 bis.b) al Código Penal: «*La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a*

exhortando a los diputados a hacer un esfuerzo «para unir nuestra memoria y nuestra historia a la memoria y a la historia europeas» y dotarnos de mecanismos que permitan «hacer prevalecer la dignidad y la verdad sobre quienes la atacan». Debemos contribuir a construir una Europa mejor, en la que no haya sitio para quienes propagan teorías que incitan al odio racial o que justifican o ensalzan a quienes cometieron los mayores crímenes de la historia europea. En el debate que tuvo lugar en el Senado, el senador Vallvé, del GP Catalán (CIU), denunció la existencia en nuestro país de editoriales y publicaciones como *HALT* y *SIEG*, revistas mensuales que se editaban entonces en Barcelona y se distribuían en Austria y en Alemania, donde están expresamente prohibidas. Por otro lado, grupos neonazis y de ultraderecha desarrollaban actividades racistas. En abril de 1989, CEDADE organizó un homenaje a Hitler en el cine Benlliure de Madrid y el 16 de noviembre de 1991 una conferencia de Ernest Zündel, en la que negaba la existencia del Holocausto. En 1992, Walter Ochensberger, conocido nazi austriaco y editor de la revista *SIEG*, condenado a tres años de cárcel en Austria, se refugió en España. En enero de 1994 se distribuyeron 3.000 ejemplares del libro *¿Absolución para Hitler?*, editado por Bright Rainbow, propiedad del ex presidente de Cedade, Pedro Varela, y del que es autor Gerd Honsik, refugiado también en España. Por último, en mayo de 1994 Otto Remer, ex oficial de las SS, prófugo de la justicia alemana después de ser condenado por incitación al odio y la violencia y refugiado entonces en España, intervino en un programa de televisión junto al ya citado Honsik (*Diario de Sesiones del Senado*, V Leg., 1995, núm. 73, págs. 3770-3771).

(26) La enmienda núm. 1 de este Grupo proponía castigar con la misma pena a: «a) *Los que negaren, tergiversaren, minimizaren, banalizaren, justificaren o hicieren apología de los delitos tipificados en el mismo;* b) *Los que promovieren la apología o pretendieren la rehabilitación de los regímenes e instituciones que fueren autores o cómplices de hechos tipificados en el artículo anterior*» (*BOCG*, Congreso, V Leg., Serie B, núm. 52-7, de 17 de octubre de 1994, págs. 13 y sigs).

su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendieran la rehabilitación o constitución de 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». Se amplía considerablemente el tipo, al incluir también como apología no sólo la negación o banalización de cualquier genocidio, sino también los discursos dirigidos a rehabilitar o constituir regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, como proponía la enmienda de IU-IC (27).

La proposición fue aprobada definitivamente por el Pleno del Congreso en su sesión del día 27 de abril de 1995, siendo el resultado de la votación bien elocuente: votos emitidos, 281; a favor, 281 (28). Todo el mundo parece de acuerdo en que era el momento de dar «una señal política» (Robles Fraga), y no podía esperarse al nuevo Código Penal. La Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, se publicó en el *BOE* de 12 de mayo de 1995.

3.3. *El artículo 607.2 del nuevo Código Penal de 1995*

Pocos meses después se aprobó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que incluyó finalmente el vigente artículo 607.2 (29). La discusión de este precepto se desarrolló con más pena que gloria. Entre otras cosas, porque, pese al entusiasmo desbordante de unos meses atrás, no figuraba en el proyecto inicial y se introdujo a última hora, en el tramo final de su trami-

(27) El Pleno del Congreso, en su sesión de 16 de febrero de 1995, aprobó el dictamen de la Comisión sin modificaciones, con 272 votos a favor y 4 abstenciones. En el curso del debate, Robles Fraga insistió en que no se trataba de establecer un delito de opinión, sino de condenar la apología de un crimen contra la humanidad que ni prescribe ni caduca. No cabe justificación ni amparo posible para cualquier actividad que se reclame de esas ideologías criminales. El representante socialista, Valls García, celebra que todos puedan proponer a la sociedad un texto que es de los más progresistas que hay en Europa en esta materia y anuncia el voto «entusiasta» de su Grupo a la proposición (*Diario de Sesiones del Congreso*, V Leg., núm. 125, sesión plenaria núm. 123, 1995, págs. 6684 y sigs.). En la sesión celebrada el 5 de abril de 1995, el Pleno del Senado aprobó la proposición con un solo voto en contra.

(28) *BOCG*, Congreso, V Leg., Serie B, núm. 52-13, de 29 de abril de 1995, págs. 33-34.

(29) La LO 4/1995 tuvo una vigencia efímera: poco más de un año (desde el día 13 de mayo de 1995, día siguiente al de su publicación en el *BOE*, hasta la entrada en vigor de nuevo Código Penal el 24 de mayo de 1996).

tación, mediante una enmienda transaccional aprobada por el Pleno del Senado y cuya iniciativa partió nuevamente del Grupo Popular (30).

Algo más de interés tuvieron las discusiones en torno al tipo general de apología previsto en el artículo 18 del Código Penal de 1995, que define ésta como «la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor». Una definición que coincide en lo esencial con la recogida en el Diccionario de la RAE: «discurso de palabra o por escrito en defensa o alabanza de alguien o algo». Pero a renglón seguido precisa que «la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Aunque éste no llegue a cometerse.

Se despenaliza pues la apología genérica, en estado puro, no ligada a un móvil de provocación. Y se identifica la apología con la provocación directa (incurriendo en una redundancia). Como se dice en el dictamen emitido por el Consejo de Estado con motivo de la reforma del año 2000, «la diferencia conceptual entre la provocación y la apología —que la primera implica una incitación directa y explícita al delito y la segunda una indirecta e implícita— se esfuma en el artículo 18, al transmutarse el delito de apología en una modalidad de acto preparatorio» (31). La apología así entendida carece de espacio propio al margen de la provocación y su punición es superflua.

(30) Se incluyó merced a la enmienda núm. 750 del Grupo Popular. El portavoz de este Grupo en la Comisión de Justicia del Senado, López Henares, recordó que cuando él mismo defendió esta enmienda en la ponencia se le había contestado que en el Código ya estaba tipificada, con carácter general, la apología como una especie de la provocación. Pero lo que pretendía la enmienda era tipificar una apología específica, la del genocidio, que comprendería no sólo el enaltecimiento sino también la trivialización, banalización o negación de esos crímenes. Le respondió entonces el senador Arévalo (Grupo Socialista), que sostuvo que la enmienda no aportaba nada nuevo, que todo lo que se decía en la misma estaba recogido en el proyecto (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, V Leg., núm. 227, sesión celebrada el 11 de octubre de 1995, págs. 16-18). Sólo en el último momento se acordó su inclusión.

(31) La provocación, la conspiración y la proposición para delinquir constituyen los actos preparatorios punibles. Son etapas o fases del *iter criminis*. Lo que justifica la intervención del Derecho penal en estadios anteriores a la ejecución del delito es el especial peligro que la conducta representa para el bien jurídico protegido. La provocación se diferencia de la proposición, entre otras razones, por el apremio más enérgico y eficaz (provoca quien «incita» a la comisión de un delito concreto, que significa algo más que invitar, que es lo propio de la proposición), pero la distinción es ociosa puesto que ambas figuras están castigadas del mismo modo en el artículo 52 del CP, como lo es también la diferenciación con la inducción, puesto que si la provocación va seguida de ejecución se castiga como inducción (art. 4.3), mientras que la inducción no seguida de ejecución se debe sancionar como provocación. La apología ha venido siendo tipificada entre nosotros siempre en relación con delitos considerados muy graves (como los de terrorismo). Históricamente, el legislador español ha dudado entre su definición en la parte especial, como acto

Pero, por otro lado, el tipo penal del artículo 607.2 castiga «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen» los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos. Son dos las conductas típicas: negar y justificar. Aparentemente o nominalmente es un supuesto de apología genérica, *stricto sensu*, porque no se exige que vaya acompañada de provocación o inducción a la acción (32). Los requisitos del 18.1 no son aplicables al 607.2. Por eso, están condenados al fracaso los intentos de salvar la constitucionalidad del precepto considerando la conducta descrita como una forma de provocación. La conducta se perfecciona al difundir la idea o la doctrina en cuestión, sin que requiera nada más, ni provocación, ni vejación o humillación de las víctimas (33). A diferencia de lo que sucedía en el artículo 137 bis.b) del anterior Código (tras

preparatorio de esos delitos, o su previsión con carácter general, como en el vigente Código. Vid. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, «La apología del delito», en *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, pág. 621; S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Reppertor, 2004, págs. 13-32; B. del ROSAL BLASCO, «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, págs. 70-77; R. REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 108-112; M.ª José RUIZ LANDABURU, *Provocación y apología: Delitos de terrorismo*, Colex, 2002, págs. 29-32.

(32) Los supuestos en los que la difusión de estas ideas o doctrinas suponga una incitación directa a la perpetración de un delito de genocidio se reconducen al artículo 615 CP, que castiga con una pena más severa (hasta quince años de prisión) la provocación al genocidio. No tiene ningún sentido que el 607.2 castigue lo que ya castiga el 615.

(33) Interpretan el 607.2 a la luz de la regulación del artículo 18.1 CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 2161, y *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 1996, pág. 825; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, 1999, pág. 726, y M.ª Luisa CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1757, de 5 de octubre de 1995, págs. 87-116. En la misma línea, no faltan penalistas que exigen (por su cuenta) que las expresiones apologéticas sean idóneas para generar en otros actitudes de hostilidad o violencia hacia el colectivo afectado o que concurren «juicios peyorativos y humillantes hacia las víctimas del genocidio» (P. LAURENZO, «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 1996, pág. 269). Para J. BARQUÍN [«Apología del genocidio», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVIII, Edersa, 1997, págs. 378-379], esas manifestaciones sólo son penalmente relevantes si entrañan una incitación o provocación a cometer genocidio. Aunque tiene que admitir que «la naturaleza genérica de las expresiones contempladas en este punto las hace muy poco adecuadas para cumplir con ese otro requisito típico de la aptitud para la incitación directa a la comisión del delito». Y que en el Código Penal existe ya la figura de la provocación. Este dato pone de manifiesto que la finalidad de este precepto es más bien de «carácter simbólico y político», puesto que, en rigor, no añade casi nada a la regulación existente. Porque las conductas que pudieran ser castigadas sobre la base del artículo 137.bis.b) (hoy 607.2) «entrarían en cualquier caso dentro del ámbito de la figura genérica de la provocación para delinquir, en este caso provocación para cometer genocidio».

la entrada en vigor de la LO 4/1995), que exigía la aptitud para incitar directamente a cometer delito.

Que la apología del genocidio no comporta incitación alguna a la comisión del citado delito es lo que dice con toda claridad la Corte de Casación italiana en su famosa Sentencia de 29 de marzo de 1985, que es, a estos efectos, una referencia obligada. Como antes se indicó, el legislador italiano no se ha limitado a inculpar la incitación, sino que ha añadido también la apología. Pues bien, en esta polémica sentencia, la Corte precisó que la apología es punible incluso en el caso de que no exista peligro de una difusión real de las ideas favorables al genocidio. Y advirtió que esta disposición no se sitúa dentro de las habituales coordenadas interpretativas de los delitos de apología (34). Aun reconociendo que no existía en ese caso un verdadero peligro de comisión de actos de genocidio, afirmó que la apología del genocidio no puede ser asimilada a otros casos de apología precisamente en razón de la naturaleza particular, extraordinaria y «monstruosa» del delito que es objeto de apología, que no es la intolerancia racial, sino el genocidio, esto es, el exterminio de un pueblo.

Según los jueces, no se puede subordinar la condena de la apología del genocidio a la existencia de un peligro concreto de comisión del genocidio, porque eso equivaldría a hacer el delito en cuestión un delito imposible, o mejor, posible pero únicamente en circunstancias históricas y políticas absolutamente excepcionales. Según la Corte, la apología del genocidio se configura como un delito formal («de pura conducta»), que se realiza por el simple hecho de exaltar determinadas conductas y que está penado «en razón de su intolerable falta de humanidad, del odioso culto a la intolerancia racial que expresa, y del horror que despierta en la conciencia civil» el recuerdo del exterminio perpetrado por los nazis y el calvario trágicamente actual de algunas poblaciones africanas y asiáticas. Y ha de ser sancionado con independencia de que genere o no un peligro: para que sea punible no es necesario que la conducta sea idónea para generar un improbable «contagio de ideas y propósitos genocidas», siendo suficiente la clara expresión del «incondicionado aplauso hacia actos bien identificados de

(34) Con ella se puso punto final a un caso bien conocido en Italia: en el curso de un partido de baloncesto entre el equipo Emerson Varese y el Maccabi de Tel Aviv, un grupo de aficionados italianos protagonizaron una vulgar manifestación de hostilidad racial al exhibir pancartas antisemitas y entonar a coro consignas y canciones de exaltación del Holocausto (como «Judíos, jabón, jabón»). Los culpables fueron condenados en primera instancia por apología del genocidio y la condena fue confirmada, para algunos de ellos, en apelación. Interpuesto recurso de casación, los condenados invocaron la jurisprudencia constitucional, según la cual la apología del delito sólo puede ser objeto de sanción penal si es apta para producir el efecto de una incitación indirecta; en otros términos, si puede crear el peligro de la comisión del delito en cuestión. Y esa potencial peligrosidad no existía en este caso. La Corte de Casación rechazó esta argumentación.

genocidio». La Corte se desmarca así de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los delitos de apología, que se resume en la idea de que no es suficiente con la simple exaltación de hechos reprobados por el ordenamiento, sino que esa manifestación apologética ha de tener una fuerza de sugestión y persuasión tal que puede estimular al público a cometer delitos del mismo género que los que son objeto de la apología.

En rigor, la modalidad o subtipo de negación del genocidio ni siquiera es un supuesto de apología, porque en buena lógica cuando se niega un hecho histórico no se está ensalzando ese hecho, en este caso el genocidio, ni enalteciendo a sus autores. Es un supuesto puro y duro de persecución penal del negacionismo histórico. Aunque sin llegar al extremo de un tipo *ad hoc* referido exclusivamente al holocausto (se tipifica la apología de cualquier genocidio). Como ha señalado Feijoo, la mal llamada «apología del genocidio» es un supuesto específico de apología o cuasi-apología tipificado en la parte especial que quiebra los principios político-criminales del legislador del Código Penal de 1995 con respecto a conductas apologéticas (35). Para Barquín sería una apología «impropia» (36). Se adelantan aún más las barreras de protección penal hasta configurar un delito de opinión (37).

(35) Bernardo J. FEJOO, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)», en diario *La Ley*, núm. 4693, de 15 de diciembre de 1998, pág. 2271. Justamente por eso, y mientras no sea derogado, Feijoo recomienda una interpretación estricta del tipo.

(36) J. BARQUÍN, *op. cit.*, págs. 376-377. Se trata de manifestaciones cuya inclusión en el precepto resulta forzada. Existe, según este autor, «una apreciable diferencia valorativa» entre unas conductas y otras: mientras que los actos directos de enaltecimiento de delitos o autores de genocidio tienen una «inmediatez» con la propia conducta criminal, en la otra modalidad impropia esa relación con los actos criminales es más remota (no se alaban hechos concretos de genocidio, sino que el apoyo es indirecto y abstracto mediante la defensa de ideologías que vienen a amparar tales actos). CUERDA (*op. cit.*, págs. 114-115) califica esta ampliación del núcleo conceptual de la apología como «intolerable» e inconstitucional. Respecto de las conductas típicas de la negación, banalización... destaca esta autora que no suponen una apología manifiesta sino más bien «meros síntomas» de una aprobación encubierta del delito de genocidio. En el caso de la pretensión de rehabilitación de determinados regímenes políticos, ni siquiera viene referida la conducta a un hecho delictivo, por lo que se sanciona «la opción pública a favor de una concreta —e indeseable, dicho sea de paso— ideología».

(37) Para Landa, el tipo del artículo 607.2 es una forma atenuada de provocación, un delito autónomo de peligro abstracto que se dirige contra un determinado tipo de manifestaciones filonazis que ponen en tela de juicio el genocidio de los judíos como forma de estigmatizar a determinados grupos especialmente vulnerables. Por eso, aboga *de lege ferenda* por su derogación y, de no prosperar esa propuesta, por una interpretación «correctora» que exija, además de la negación o justificación de hechos históricos, que pueda acreditarse, por el contexto y el grupo potencialmente afectado, que la conducta sea idónea para conmover el sentimiento de seguridad existencial del grupo étnico. Hoy por hoy, en España no se dan las condiciones para que tal precepto pueda

3.4. *El caso Varela: la sentencia dictada en primera instancia y la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la A. P. de Barcelona*

Mediante Sentencia dictada el 16 de noviembre de 1998 el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona condenó a Pedro Varela (38), en su condición de titular de la librería Europa de Barcelona, a dos años de prisión como autor responsable de un delito continuado de apología del genocidio (607.2) (39); y a otros tres años de prisión y multa por un delito también continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el artículo 510.1 del Código Penal (cinco años en total) (40).

En su establecimiento se vendían y distribuían (antes y después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal en junio de 1996) miles de publicaciones, vídeos y materiales en distintos soportes de carácter antisemita en los que se negaba el holocausto y se comparaba a los judíos con las ratas, de forma inequívocamente vejatoria. El denominador común de la literatura almacenada en el local era la hostilidad hacia los judíos, considerados como seres inferiores que es preciso exterminar (41). La librería se había convertido en un centro de

aplicarse con arreglo a la interpretación expuesta (*op. cit.*, págs. 258-259). Una valoración crítica del 607.2 puede encontrarse también en el artículo de J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *El País*, 9 de julio de 1999, pág. 16; en J. M. TAMARIT, «Artículo 607», en G. QUINTERO (dir) y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 1996, págs. 1641-1642; en RODRÍGUEZ MOURULLO *et alii*, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1996, págs. 1422 y sigs.; en COBO DEL ROSAL *et alii*, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Marcial Pons, 1996, págs. 971 y sigs., y en F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial, op. cit.*, págs. 725 y sigs.

(38) Varela era un personaje muy conocido por su larga trayectoria en los círculos de extrema derecha. Hasta su disolución había sido líder de CEDADE, que tenía su sede justamente en el mismo local y había sido procesado en Austria por elogiar la figura de Hitler.

(39) La Sentencia da por buena la expresión «apología del genocidio» a la hora de definir el tipo penal del artículo 607.2 CP.

(40) Al no ser la condena firme, Varela no ingresó en prisión y quedó en libertad provisional.

(41) Conocida la actividad desarrollada en la librería por la Fiscalía del TSJ de Cataluña, se solicitó y obtuvo autorización judicial de entrada y registro en la sede de la citada librería, diligencia que se practicó el día 11 de diciembre de 1996. Como consecuencia de la misma fueron ocupados 20.972 libros, 324 vídeos, 35 cintas de audio, 124 fotolitos, 35 catálogos y numerosa correspondencia relacionadas con las publicaciones anteriores, así como multitud de revistas, postales, pósters, en los que aparecen reproducidos los símbolos del nacionalsocialismo, en actitud inequívocamente exaltatoria, y se hacen continuas alusiones ofensivas y denigrantes a la raza judía.

distribución internacional de literatura nazi (42). La práctica totalidad de las publicaciones eran del mismo tenor: negaban el genocidio cometido bajo el III Reich e incitaban al odio y la discriminación del pueblo judío (43).

El argumento de la defensa durante este proceso fue que Varela era un simple librero condenado por vender libros. Se invoca pues la libertad de expresión, en conexión con la libertad ideológica, y el principio de legalidad penal, y se pone en duda la constitucionalidad de los preceptos penales en los que se sustenta la acusación. Pero el juez de instancia no encuentra motivos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad («ninguna duda le asalta al juzgador sobre su plena concordancia con nuestro texto constitucional»). Se trata de una limitación «legítima, necesaria, razonada y coherente» del ejercicio de dicha libertad constitucional: porque «no vale todo», no hay derechos absolutos y «el respeto a los derechos humanos está y debe seguir estando por encima de cualquier otro derecho individual, incluido el de libertad de expresión». Negar el Holocausto es algo más que poner frívolamente en duda la realidad de un acontecimiento histórico: crea *per se* un clima de hostilidad y desprecio hacia la comunidad judía que puede desembocar en acciones violentas o en actos de discriminación ejecutados por terceros. De ahí que deba calificarse de delito de peligro abstracto.

Admite el Juez que esta decisión implica ciertamente un adelantamiento de las barreras punitivas, pero «no resulta incompatible con el principio de intervención mínima que debe presidir este campo del Derecho, ya que las demás

(42) Las publicaciones y demás material estaban expuestas para su venta al público, pero también 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.

(43) En la librería Europa, que regentaba Varela, 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 histórico. De un total de 21.584 libros, vídeos, carteles y cintas incautados, tan sólo 232 no guardaban relación con el tema señalado. Además, el público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia como método de resolución de conflictos. El Juez, que pudo examinar pormenorizadamente el contenido de los documentos intervenidos, no alberga ninguna duda al respecto: «en coherencia con las tesis revisionistas... que el propio acusado ha reconocido sostiene desde hace años, la oferta editorial no era en absoluto plural, sino tendenciosamente dirigida a convencer a sus potenciales clientes... de que el citado holocausto es una gran mentira. La finalidad que perseguía el acusado con la difusión de esa literatura, de cuyo sesgo antisemita y carácter ilícito era plenamente consciente... era provocar en sus destinatarios un claro rechazo y hostilidad contra el grupo social que protagonizó, muy a su pesar, tales acontecimientos históricos» (FJ 8). Cabe preguntarse, no obstante, qué habría pasado si se hubiera tratado de un librero convencional, que tuviese a la venta algunos libros revisionistas entre otros muchos de signo muy diverso. Me atrevería a decir que seguramente nada, aunque el tipo está redactado en términos muy amplios.

ramas jurídicas se han mostrado insuficientes para lograr el debido amparo a los importantes bienes jurídicos que tutela». Y pasa a analizar el contenido del artículo 607.2: no estamos ante un supuesto de apología, tal y como se define en el artículo 18.2 CP; se trata más bien de un tipo penal autónomo que castiga la difusión de ideas o doctrinas cuando concurre un concreto y evidente riesgo de generar actos que conculquen de forma grave derechos fundamentales de una pluralidad de ciudadanos. Un riesgo objetivo, porque la conducta es idónea para crear en otros una actitud de hostilidad que puede traducirse en atentados específicos a la vida, la dignidad o la integridad física o moral de los demás. Lo que castiga el 607.2 es precisamente esa «incitación implícita» o subliminal, no directamente encaminada a delinquir.

Ahora bien, si la clave radica en la creación de ese clima de hostilidad, parece obligado recordar que es el artículo 510 y no el 607.2 el que castiga las manifestaciones ultrajantes y hostiles hacia la comunidad judía. Pero el Juez lo mezcla todo: en su opinión, el menosprecio hacia los integrantes del grupo social o étnico perseguido es «consustancial al elemento subjetivo del tipo». No concibe, al parecer, la posibilidad de una negación del Holocausto como hecho histórico *tout court*, no acompañada de juicios de valor negativos o expresiones de odio racial (ya punibles *ex art.* 510). No deja de suscitar dudas, por cierto, la decisión del Juez de instancia de aplicar en este supuesto el primer apartado del 510 (provocación a la discriminación y al odio racial), en lugar del 510.2 (difundir, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones). La explicación tampoco nos acaba de convencer: «entre las figuras jurídicas de ambos párrafos existen tantas similitudes y analogías, que difícilmente se puede conculcar la una sin infringir la otra» y el principio *non bis in idem* impide castigar dos veces a un mismo autor por unos mismos hechos (44).

Contra la sentencia, valorada positivamente por portavoces de las dos asociaciones judiciales más importantes, la defensa del condenado formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona (45) en el que se so-

(44) Para J. M. Landa Gorostiza, en la sentencia «no se explica ni argumenta suficiente ni convincentemente por qué se trata de un concurso real, ni por qué se aplica la continuidad delictiva en ambos casos, ni tampoco por qué debe imponerse la máxima pena». En el relato de hechos probados se entremezclan las expresiones negacionistas y las que incitaban a la discriminación racial [«La llamada *mentira de Auschwitz* (art. 607.2.º CP) y el *delito de provocación* (art. 510 CP) a la 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)», *Actualidad Penal*, 1999, págs. 691-692].

(45) El Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares, esto es, la Comunidad Israelita de Barcelona y SOS Racismo, se opusieron al recurso y solicitaron la confirmación de la Sentencia.

licitaba además que la Sala promoviera una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional acerca de los preceptos 510 y 607.2 del Código Penal. Petición que fue parcialmente atendida, porque mediante el correspondiente Auto la sección 3.^a de la Audiencia Provincial acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 607.2 CP. Este escrito (registrado con el núm. 3074/1999) fue inicialmente inadmitido mediante el ATC 24/2000 por no haber sido planteada la cuestión en el momento procesal oportuno. Una vez celebrado el juicio oral ante la Audiencia, ésta reiteró en un nuevo Auto, fechado el 14 de septiembre de 2000, por el que se suspendía el plazo para dictar sentencia resolutoria del recurso de apelación, que dicho precepto contiene una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión.

En el fundamento jurídico 4 de este Auto, la Sala expone que la doctrina, intentando dar un contenido al precepto que no colisione con el mencionado derecho, lo ha configurado como un delito de apología autónomo, o bien ha considerado que lo difundido por cualquier medio debe tener un contenido vejatorio para la dignidad del grupo minoritario afectado. El artículo 607.2 no castiga una conducta que pueda encuadrarse dentro de la provocación o de la apología, tal y como aparecen definidas con carácter general en el artículo 18 CP. El tipo penal, que debe interpretarse de forma restrictiva para respetar el principio de legalidad, no exige la incitación a la comisión de delito, ni que las ideas que se difunden ensalcen el genocidio o enaltezcan a los genocidas. La única interpretación cabal del tipo previsto en el artículo 607.2 es que sanciona la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los genocidios, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que en el pasado ampararon prácticas genocidas. Esta interpretación del precepto llevaría a la condena de Pedro Varela, cumpliéndose así el requisito de que el fallo dependa de la validez de la norma aplicable al caso (art. 163 CE).

La Audiencia repasa la jurisprudencia constitucional y deduce de la STC 214/1991 que el ejercicio de la libertad de expresión está amparado por el artículo 20 de la CE cuando lo que se está poniendo de relieve son opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que sean las mismas. Lo que no puede amparar el derecho a la libertad de expresión son aquellas manifestaciones que, junto a la idea o doctrina sobre un determinado hecho histórico, supongan un menosprecio o lleven a generar un sentimiento de hostilidad, o incluso un clima de violencia contra determinados grupos. En definitiva, es el menosprecio a la dignidad de las personas y la puesta en peligro de un bien tan esencial como la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos lo que justifica la sanción penal de esas conductas.

El Auto subraya con buen criterio que no basta con expresar una determinada opinión sobre un hecho histórico. Tienen que ponerse en peligro, aunque sea

en abstracto, bienes jurídicos esenciales. Sin embargo, el artículo 607.2 sanciona la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen determinados hechos históricos sin más, sin que se exija ningún otro elemento, como la incitación a la realización de conductas, el desprecio hacia la dignidad de las personas o la perturbación de la paz pública. En este caso, el bien jurídico protegido resulta muy difuso, aunque podríamos convenir en que sería el de impedir la creación de un cierto clima favorecedor de conductas genocidas o discriminatorias (46).

En nuestra sociedad actual, concluye la Sala, la sanción penal de una conducta como la que recoge el artículo 607.2 CP carece de justificación, porque no sirve a un bien jurídico que sea digno de tutela penal y supone además una limitación del derecho a la libertad de expresión, que sólo puede justificarse por la protección de otro derecho que merezca la misma consideración. Lo que no ocurre en este caso, porque el Código Penal ya contiene una serie de preceptos que sancionan ampliamente las conductas discriminatorias. Por todas esas razones, la Sala plantea la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 607.2 CP.

Creo que la argumentación del Auto es acertada en lo que concierne a la modalidad delictiva consistente en negar el genocidio (modalidad que tendría que haber distinguido de la apología o justificación) y deja traslucir claramente la opinión de la Sala sobre la constitucionalidad del artículo en cuestión (47).

(46) En realidad no existe un bien jurídico que legitime este tipo autónomo. La paz pública o la dignidad personal están presentes en todos los tipos penales. Aquí no se concreta el bien jurídico protegido. Da la impresión de que la finalidad de la norma es luchar contra el establecimiento de un estado general de opinión en la población favorable al genocidio, mediante una propaganda sistemática. Pero no parece que ideas tan irracionales puedan tener esa aptitud o capacidad para perturbar la paz pública (FEJOO, *op. cit.*, págs. 2272-2273). Y si se lesionan otros bienes jurídicos como el honor ya existen tipos penales que castigan ese tipo de comportamientos. Barquín cree que las conductas reprimidas en este precepto merecen un juicio objetivo de desvalor por su idoneidad para extender entre los ciudadanos una cierta aceptación o al menos neutralidad ante el genocidio (*op. cit.*, pág. 379).

(47) Una opinión con la que coincide Feijoo. Se trata, a su juicio, de «un precepto ilegítimo en el marco de nuestro ordenamiento constitucional que debería ser derogado o declarado inconstitucional». Un veredicto rotundo que le lleva a afirmar (a pronosticar) que «no debería superar —en cuanto se intente aplicar— una cuestión de inconstitucionalidad». En la medida en que se interprete como un delito de peligro abstracto para ciertos bienes colectivos o difusos como la paz pública o ciertos valores democráticos no hay ninguna razón para que se tipifique como delito autónomo la apología del genocidio y no la apología de otros delitos graves. Es una incoherencia, «un lapsus del legislador» que debe ser corregido cuanto antes. El hecho de que sea una decisión político-criminal seguida en otros países como Alemania o Austria no justifica la expansión ilegítima de la *ultima ratio* del ordenamiento (pág. 2273). Para Modesto SAAVEDRA («El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, pág. 558), no parece necesario que «la mera negación de la ocurrencia de hechos históricos, por

3.5. *La STC 235/2007, de 7 de noviembre*

La cuestión de inconstitucionalidad número 5152/2000, planteada por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en relación con el artículo 607.2 del Código Penal, ha sido resuelta finalmente por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, que estima parcialmente dicha cuestión. La conclusión a la que llega la mayoría del Tribunal se refleja en el fallo, que declara inconstitucional y nula la inclusión de la expresión «nieguen o» en el primer inciso del mencionado precepto.

3.5.1. *La posición de las partes que intervienen en el proceso*

Veamos de forma sumaria cuál fue la postura que adoptaron las distintas partes que intervinieron en el procedimiento (48). El Abogado del Estado se opuso en su escrito a la estimación de la cuestión. En su opinión, todo el razonamiento desarrollado por los Magistrados de la Audiencia de Barcelona acerca de las relaciones entre el precepto cuestionado y otros preceptos del Código Penal no constituye sino una explicación dirigida a justificar por qué, a juicio del órgano judicial proponente, este último precepto deviene inútil por superfluo, al estar ya suficientemente protegidos por otras normas penales los bienes

muy malintencionada que sea, tenga que ser constitutiva de un delito específico en nuestro ordenamiento jurídico», cuando ya contamos con el tipo del 510.2. En contra, M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP», *Revista General de Derecho*, núm. 664-665, 2000, págs. 99 y sigs. Para este autor, que valora positivamente la inclusión del tipo penal del artículo 607.2, la cuestión planteada carece de fundamento y revela escasa sensibilidad democrática. La Sala formula su tesis (la simple difusión de ideas y opiniones no entraña peligro alguno para el bien jurídico que se pretende proteger) «de forma apodíctica». La eliminación del precepto supone «lisa y llanamente convertir en legítima la difusión de tales materiales, siempre que los mismos no contengan una incitación directa a la comisión de otros ilícitos». De esta apreciación extrae Sospedra una sorprendente consecuencia: resultaría entonces constitucionalmente legítimo afirmar que los judíos son «una raza deletérea y parasitaria que vive a costa de los demás y cuyo éxito supondría la destrucción de la Humanidad y que, consiguientemente, lo indicado es su eliminación física». Es evidente que una afirmación de ese tipo desborda los límites de la propaganda negacionista para entrar de lleno en el terreno del discurso del odio, de la incitación al odio racial (págs. 112-114).

(48) Llama la atención que en este procedimiento no se personara la Mesa del Congreso, Cámara que aprobó por unanimidad la LO 4/1995 y la inserción del artículo 607.2 en el Código Penal de 1995. La Mesa del Senado sí se personó, ofreciendo su colaboración, pero no consta que formulara alegaciones.

jurídicos que con él se pretende proteger. De manera que, en rigor, no se estaría analizando la compatibilidad entre el precepto cuestionado y la Constitución, sino la posible duplicidad entre éste y otras normas penales.

Recuerda, asimismo, que en el citado precepto no se sanciona una única conducta delictiva sino varias y el Auto de planteamiento de la cuestión no especifica a cuál de ellas se refiere al expresar sus dudas respecto de su compatibilidad con el artículo 20.1 CE. No se identifica pues con la necesaria concreción el objeto específico de dichas dudas. Un defecto en el que incurre, por cierto, el propio letrado, que a veces olvida en el desarrollo de su razonamiento la diferencia entre negación y justificación.

El Abogado del Estado no comparte la tesis de que el precepto cuestionado sea innecesario. Es verdad que existen en nuestro Código Penal algunos tipos que parecen destinados a proteger la imagen pública de ciertas minorías étnicas, sancionando la apología de los crímenes de los que aquéllas fueron víctimas, pero no es esa la principal finalidad que persigue el artículo 607.2 CP. Este precepto responde a la necesidad de defender el propio orden constitucional, la convivencia pacífica y a la sociedad en su conjunto.

Por lo que se refiere al reproche relativo a la vaguedad o carácter difuso del tipo penal en cuestión, el Abogado del Estado recuerda que lo que se sanciona es la negación o justificación de delitos de extrema gravedad (asesinato, agresiones sexuales, traslados forzosos de poblaciones, esterilizaciones) y los intentos de rehabilitación de los regímenes que hubiesen amparado dichos delitos. El legislador ha establecido una conexión causal entre la divulgación de ciertas doctrinas o ideas y los crímenes más abyectos y no lo ha hecho caprichosamente: no es «una presunción irrazonable o excesiva, sino el producto de unas dolorosas experiencias históricas».

No estamos, según el Abogado del Estado, ante meras opiniones sobre hechos históricos, que estarían cubiertas, aun siendo erróneas o falsas, por el artículo 20.1 CE. Lo que en el artículo 607.2 CP se sanciona no es la simple propagación de ideas o doctrinas adversas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, ni la pura negación de hechos como el exterminio de judíos por el régimen nazi, sino la negación de que tales hechos fueran constitutivos de un delito de genocidio. Creo que no es exactamente así, que en la inmensa mayoría de los escritos revisionistas se niegan los hechos (la existencia de cámaras de gas, por ejemplo) y no se discute la calificación de los mismos como genocidio. Pero lo que importa es lo que dice el Abogado del Estado a continuación: esa conducta consistente en negar o justificar el genocidio resulta peligrosa —al menos en abstracto— para el bien jurídico protegido, porque podría estimular «resortes psicológico-sociales no bien conocidos, y crear una atmósfera social que, como demuestra el desarrollo de los hechos en la Alemania nazi, comienza con la discriminación legal en el acceso a

cargos públicos y profesiones... y se extiende e intensifica en todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia». No cabe negar frontalmente la peligrosidad de esas acciones que el legislador ha considerado punibles. A mi juicio, este argumento puede valer para la apología o la justificación del genocidio, pero no para su negación.

En su escrito, de mejor factura que el que acaba de resumirse, el Fiscal General del Estado pidió también que se desestimase la cuestión de inconstitucionalidad. Descarta, en primer lugar, con buen criterio, que las modalidades delictivas tipificadas en el mencionado precepto puedan definirse como «apología del genocidio», ya que las mismas no participan de los rasgos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 CP, definen el concepto de apología como forma de comisión de un delito. Cree, en consecuencia, que la conducta típica que ha de confrontarse en este caso con el derecho a la libertad de expresión no es una conducta de instigación o incitación directa al genocidio sino, simplemente, la consistente en difundir ideas que nieguen o justifiquen genocidios ya consumados. El legislador penal habría decidido castigar esta conducta, cuya punición no viene directamente exigida por el Convenio de 1948, por el peligro potencial que representa la creación de un clima de aceptación y olvido de tales hechos, que puede propiciar el surgimiento de brotes de violencia racial o étnica no deseados.

El Ministerio Fiscal hace suya la distinción establecida en la STC 214/1991 entre las meras afirmaciones, dudas u opiniones acerca del Holocausto judío y las imputaciones o juicios de valor ofensivos, que buscan el descrédito o menosprecio de las propias víctimas. Pero entiende que las manifestaciones que el precepto penal en cuestión sanciona han de incluirse entre las del segundo tipo. Desde su punto de vista, la publicación y difusión de informaciones tendentes a justificar o negar un genocidio tan arquetípico como fue el de los judíos bajo el régimen nazi es algo más que la simple expresión de opiniones o ideas sobre determinados hechos históricos. Incluye «un elemento tendencial»: su objetivo último es «hacer surgir estados de opinión tergiversados sobre este hecho histórico, ciertamente contrario a lo que realmente aconteció, tratando así de fomentar el olvido del mismo». Pero en su empeño por defender la constitucionalidad del precepto el Ministerio Fiscal va un poco más lejos: no se limita a atribuir a los que niegan el genocidio la intención de fomentar el olvido, sino también el perverso propósito de «generar un estado de opinión en la población favorable al genocidio» (49).

(49) De ahí la necesidad de «proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, con una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generaren un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudieran concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa».

Vemos, una vez más, cómo se dan varios saltos lógicos en el trayecto que conduce finalmente al establecimiento de una presunción de mala fe que no resulta convincente: quien niega un hecho históricamente incontestable como la existencia de los campos de exterminio no necesariamente está fomentando el olvido (la polémica reaviva más bien los rescoldos del recuerdo) y menos aún un clima de hostilidad que favorezca su trágica repetición. Es verdad que muchas veces quienes propagan tesis revisionistas lo hacen con el propósito declarado de borrar de la memoria colectiva la huella de esa infamia, pero no siempre es así.

Para el Ministerio Fiscal, por tanto, el tipo penal cuestionado es un delito de peligro abstracto. A su juicio, el resurgimiento de movimientos xenófobos —claramente inspirados en los postulados defendidos en su día por el nacional-socialismo—, cuya expansión podría poner en riesgo la estabilidad del sistema democrático, constituye justificación suficiente para la introducción de un tipo como el previsto en el artículo 607.2, con el que se intentan proteger bienes jurídicos de la máxima importancia (los derechos de las minorías y el orden constitucional). Varias razones militan, a mi modo de ver, en contra de esta tesis: en primer lugar, la incitación a comportamientos xenófobos ya está castigada en otros preceptos; en segundo lugar, de la mera negación no se colige forzosamente un mensaje de odio o menosprecio; y en tercer lugar, el resurgimiento de la xenofobia no puede servir de coartada universal para justificar la tipificación de conductas que no promueven esos comportamientos y se sitúan en una fase muy anterior. Conviene no mezclar todo en una confusa apelación a la necesidad de establecer barreras de defensa y prevenir futuras acciones que todos detestamos. Y no caer en la trampa de sobredimensionar el peligro potencial que pueden encerrar conductas como la negación de las cámaras de gas o el cuestionamiento de las cifras de víctimas (50).

Respecto del peligro de desestabilización del orden constitucional invocado tanto por el Fiscal como por el Abogado del Estado, creo que es una exageración desprovista de fundamento empírico: en nuestro país, la propaganda negacionista no ha puesto nunca realmente en peligro el orden establecido. No pasa de ser algo anecdótico e inofensivo. No menos peligrosas son las ideologías extremistas que rechazan el vigente sistema constitucional o la propia democracia y, sin embargo, el Tribunal, como vamos a ver seguidamente, no ha

(50) En la actualidad, el antisemitismo no se nutre tanto de la trivialización del Holocausto o de la vieja acusación de fabulación urdida por la comunidad judía, como de la actuación del Estado de Israel en el conflicto de Oriente Medio: esa es la principal fuente o caldo de cultivo de actitudes antisemitas (en particular, del antisemitismo de izquierdas y el asociado al rechazo del sionismo entre la población musulmana, solidaria con la causa palestina).

vacilado a la hora de defender la libre circulación de ideas y descartar el modelo de democracia militante.

Además, conviene recordar que el artículo 607.2 castiga de forma específica, como una conducta distinta de la de negación o justificación de los delitos de genocidio, la difusión de ideas o doctrinas que «pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas» genocidas. Y es que no existe un nexo claro y verificable entre la literatura revisionista y la pretensión de rehabilitar retrospectivamente o reeditar en el futuro un régimen genocida. Esa puede ser la intención de algunos grupos o sectores (los vinculados a los movimientos neonazis más extremistas, por ejemplo), pero no se deduce necesariamente esa pretensión de su discurso negacionista (como tampoco cabe hacer esa extrapolación —*mutatis mutandis*— respecto de quienes justifican la rebelión franquista o niegan los crímenes cometidos por el bando nacional en la guerra civil, otra manifestación de revisionismo que nadie pretende combatir con la cárcel).

3.5.2. *La decisión adoptada por la mayoría del Tribunal*

La Sentencia, que fue respaldada por ocho de los doce magistrados que integran el Pleno, hace un breve repaso en el fundamento jurídico 4 de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH sobre el derecho a la libertad de expresión, como garantía de una comunicación libre (51). Recuerda asimismo, con cita de la STC 48/2003, de 12 de marzo, que «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». Me parece un acierto que su razonamiento parta de esa premisa, porque en Alemania, conviene recordarlo, la adopción de ese modelo guarda estrecha relación con la punición del discurso negacionista (52).

(51) Hace suya la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, que ha insistido en que dicha libertad 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 [SSTEDH *Handyside contra Reino Unido* (1976) y *De Haes y Gijssels contra Bélgica* (1997)].

(52) La barbarie del nazismo y su traumática derrota en la Segunda Guerra Mundial dejó una profunda huella en la sociedad alemana y en su cultura jurídica. Y pesa tanto esa tragedia en la memoria colectiva que los alemanes no parecen estar dispuestos a correr el riesgo de que surja un nuevo monstruo que pueda alimentarse de un exceso de tolerancia o de ingenuidad. Por eso mismo, en Alemania se impuso el modelo de la «democracia militante» (*streitbare Demokratie*). Un

Pues bien, esta firme apuesta por el pluralismo como sustrato del sistema democrático se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de la libertad ideológica y las libertades informativas e implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades ilícitas, no amparadas por la Constitución, y la mera difusión de ideas e ideologías, que los poderes públicos no pueden controlar o restringir en función de su contenido. 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, repulsivas incluso, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional.

La sentencia distingue entre la condena en el plano moral (hay ideas que no son dignas de respeto) y la reacción punitiva. La tolerancia es un valor que «no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia concedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo». La cuestión es si la negación de hechos de ese calibre o su justificación tienen cabida en el libre debate público que garantiza el artículo 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción penal.

Y lo primero que hace el Tribunal, siguiendo este punto la estela del Fiscal (y de la mayoría de la doctrina), es asumir el planteamiento de la AP de Barcelona en relación con las conductas tipificadas como delictivas por el artículo 607.2 CP: estas conductas «no pueden enmarcarse dentro del concepto de provocación para delinquir ni tampoco en el de apología del delito, ya que el tenor literal de la indicada disposición no exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas, elementos uno y otro que, en cambio, resultan inherentes a dichas modalidades delictivas según se desprende de la definición que de las mismas ofrece el artículo 18.1 CP». Para el Tribunal, no cabe otra interpretación. La conducta que el artículo 607.2 CP sanciona es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos históricos que han sido calificados de genocidio.

Despejada esa primera incógnita, el Tribunal recuerda la conclusión a la que llegó en el fundamento jurídico 8 de la Sentencia 214/1991. Y añade que en la misma dirección apuntan dos sentencias del Tribunal Europeo de Dere-

modelo basado en la idea de que el Estado debe defender la democracia de sus enemigos, que no aceptan las reglas de juego democrático y pretenden subvertirlas. No puede haber libertad para los enemigos de la libertad. Pues bien, el mismo espíritu que anida en el modelo de democracia militante es el que alienta o inspira, desde la reforma de 1994, la represión del revisionismo histórico.

chos Humanos en asuntos en los que se ponía en duda «la colaboración con las atrocidades nazis durante la segunda guerra mundial» (y no ciertamente la realidad del exterminio). En ellas se sentó el principio de que «la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión», la libertad de investigación ha de ser protegida y no es función de los tribunales arbitrar las controversias históricas (53).

En el fundamento jurídico siguiente (el 5) se traen a colación algunas decisiones del Tribunal de Estrasburgo en asuntos relacionados directamente con la represión penal del negacionismo. Una cata que viene precedida de la advertencia de que en el ámbito del Convenio Europeo, la garantía de la libertad de expresión (art. 10) es una regla que admite ciertas excepciones en aplicación del artículo 17 (la cláusula del abuso del derecho), que «no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional». En su virtud, el TEDH consideró que no puede entenderse amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto porque implica un propósito «de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos» (*Garaudy contra Francia*). Pero en esa ocasión, puntualiza la Sentencia, los artículos que desencadenaron el litigio judicial negaban la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, y el Tribunal tuvo muy en cuenta esa intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia.

Se invoca también como precedente la Sentencia del TEDH en el caso *Lehideux e Isorni contra Francia* (1998), en la que se establece una distinción entre el debate todavía abierto entre los historiadores en torno a aspectos relacionados con la ocupación de Francia por los nazis, que sí estaría amparado por el artículo 10 del Convenio, y la negación de «hechos históricos claramente establecidos» que los Estados pueden sustraer a la protección del citado precepto en aplicación del artículo 17 CEDH.

Las decisiones del Tribunal de Estrasburgo que se citan en la Sentencia están bien traídas. Pero el criterio aplicado en la selección es más que discutible, porque no refleja fielmente la postura que ha venido manteniendo en estos casos. Si se analiza a fondo esta jurisprudencia, lo que se constata sin demasiado esfuerzo es que la tónica general ha sido la de admitir la legitimidad de las condenas impuestas por negar el Holocausto. En lugar de certificar que el TEDH ha sido muy deferente con el argumento de la especial sensibilidad de algunos países y el potencial riesgo para el sistema democrático, se trata de maquillar la realidad. Las cosas son como son y la postura del Tribunal ha sido, nos guste o

(53) SSTEDH *Chauvy y otros contra Francia*, de 23 de junio de 2004, y *Monnat contra Suiza*, de 21 de septiembre de 2006.

no, la de convalidar esos tipos penales (que castigan la simple negación), apelando al artículo 17 CEDH. Se podría haber sido más honesto en la exposición. No pasa nada por reconocer que el TEDH ha avalado esta legislación, al otorgar un amplio margen de apreciación a los distintos Estados para decidir en función de sus propias e intransferibles circunstancias.

El fundamento jurídico 5 se cierra con una nueva remisión a la doctrina establecida en la STC 214/1991, en cuya virtud la intensa protección que el artículo 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, reforzada por el valor del diálogo para la libre formación de una conciencia histórica colectiva, «encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables». Es, pues, el «deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal» el que priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia.

En el fundamento siguiente, el 6, el Tribunal parece dispuesto a coger el bistrú y diseccionar el precepto cuestionado, pero lo enmarca primero en el contexto de otros tipos penales que vienen a dar cumplimiento a los compromisos adquiridos por España en materia de persecución y prevención del genocidio. Dada la cercanía de las conductas perseguidas, hace expresa referencia a los artículos 615 y 510 del CP. Pero al margen o más allá de esos compromisos contraídos en la esfera internacional, algunos países que padecieron especialmente el genocidio cometido durante la época nacionalsocialista han tipificado como conducta delictiva la mera negación del Holocausto.

Siguiendo la pauta marcada por esos países, el legislador español introdujo en el apartado segundo del artículo 607 CP «un tipo penal independiente», que, a diferencia de los que castigan las diversas modalidades de comisión de este delito, no exige un dolo específico (el propósito de destruir un grupo social), y castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas sin más. Nadie discute que el delito de genocidio es especialmente odioso, pero 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».

Si nos atenemos a su formulación literal, el ilícito previsto en el artículo 607.2 CP no exige, como el delito previsto en el artículo 510 CP, «acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio». Tampoco las conductas descritas «implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas». Lo que el tipo en cuestión castiga es la pura y simple «transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir

adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos», y en la medida en que persigue una conducta amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y eventualmente por las libertades científica [art. 20.1.b)] y de conciencia (art. 16 CE), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

Después de una fugaz alusión (perfectamente prescindible) a la teoría de los límites internos de los derechos fundamentales (54), el Tribunal recuerda que más allá del *chilling effect* o «efecto de desaliento», la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial, constitucionalmente garantizado, del derecho a la libertad de expresión, de modo que en ningún caso puede tipificarse como delito la mera transmisión de ideas, por execrables que sean. Pero esa incompatibilidad con la Constitución no se predica del precepto cuestionado en su integridad. Un análisis puramente semántico de su contenido permite distinguir en su primer inciso dos conductas distintas, 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, en cambio, no implica la negación absoluta de la existencia de un determinado delito de genocidio sino «su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores» (55).

A) La negación del genocidio

La sentencia admite que el precepto sería 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» (FJ 7). Pero no es así. Y en consecuencia la conducta consistente en la mera negación de un delito

(54) Según el Tribunal, «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».

(55) Albergo serias dudas, dicho sea de paso, sobre la procedencia de la inclusión de los mensajes que relativizan el genocidio en este segundo apartado, como una modalidad de justificación. Creo más bien que es una variante del discurso negacionista o revisionista, que consiste en minimizar la magnitud de la tragedia, rebajando sustancialmente las cifras o maquillando la declarada voluntad genocida de los dirigentes nazis. Esa es, por lo demás, la interpretación que se viene haciendo de este tipo de mensajes en otros ordenamientos.

de genocidio no puede considerarse como una manifestación del «discurso del odio», que el TEDH ha definido como aquel que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias (56). El razonamiento de la mayoría en este punto, ciertamente crucial, es, en mi opinión, impecable: «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». Se mire como se mire, negar no es ensalzar. Es conceptualmente insostenible sugerir lo contrario.

El Tribunal sale al paso del principal argumento que suelen esgrimir los partidarios de la represión penal del negacionismo: suponen éstos que quienes niegan la existencia de un genocidio no lo hacen movidos por la tozudez o la obcecación del historiador firmemente convencido de que su tesis es la correcta, sino con la pretensión nada inocente de que su discurso contribuya a crear las condiciones que hagan posible en un futuro más o menos lejano la comisión de ese delito de genocidio que ahora se niega. La sentencia rechaza rotundamente esa grave imputación, que no pasa de ser un juicio de intenciones: ni tan siquiera tendencialmente puede afirmarse que la literatura negacionista «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». Puede que esa sea la intención de algunos o incluso de muchos de los que difunden ese tipo de panfletos, pero no tiene por qué ser así forzosamente. Y el tipo penal no exige, como vimos, ese ingrediente subjetivo.

Además, aun en el supuesto de que la intención de quienes niegan un determinado genocidio fuese la de crear ese clima criminógeno de hostilidad, tendría que cumplirse otra condición: que la difusión de esas opiniones fuese *per se* capaz de conseguirlo, que «fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado». Pues bien, el artículo 607.2 tampoco exige ni expresa implícitamente ese requisito de idoneidad. Y el Tribunal no puede soslayar la literalidad del precepto e imponer una interpretación restrictiva del mismo mediante la adición de nuevos elementos no contemplados en la descripción típica de la conducta delictiva, porque al actuar de ese modo traspasaría los límites de su propia jurisdicción.

La negación del genocidio es, por tanto, una conducta que «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

(56) STEDH en el asunto *Ergogdu e Ince contra Turquía*, de 8 de julio de 1999.

por la norma en cuestión». Se rebate así el argumento de la supuesta peligrosidad de la primera de las conductas tipificadas en el artículo 607.2. Pero incluso en la hipótesis, que la Sentencia hace bien en descartar, de que la divulgación de escritos negacionistas constituyese realmente un peligro para bienes jurídicos dignos de tutela, habría que ver si la medida prevista superaba el correspondiente juicio de proporcionalidad, porque «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)». No hace falta, sin embargo, llegar a ese punto para concluir que la tipificación como conducta delictiva de la negación del genocidio vulnera el derecho a la libertad de expresión (57).

El Tribunal completa su argumentación con una breve referencia a la libertad científica reconocida en la letra *b*) del artículo 20.1 CE. Afirma, en efecto, 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». Pero lo hace a mayor abundamiento, sin demasiada convicción, sin concederle la importancia que a mi juicio tiene la garantía constitucional del derecho a la libre producción y creación científica. La Sentencia se limita a reproducir la rotunda declaración contenida en la STC 43/2004, de 23 de marzo, que justifica la protección reforzada que nuestra

(57) A esa misma conclusión llegó el Tribunal Supremo canadiense en la sentencia dictada en 1992 en el caso *Zundel*. Por una apretada mayoría (cuatro contra tres) estimó el recurso presentado por el conocido negacionista y declaró inconstitucional el artículo 181 CP por violación de la libertad de expresión. En su opinión, dicho precepto no guardaba relación directa con la lucha contra la intolerancia, y había sido redactado de forma excesivamente amplia, hasta el punto de producir un efecto disuasorio o paralizante (*chilling effect*) del discurso. La mayoría consideró que no existía un objetivo «real y urgente» (un interés apremiante) que justificase una medida tan drástica. Además, otras disposiciones del CP ya castigaban la propaganda del odio. En todo caso, aun admitiendo que perseguía un objetivo legítimo como es el de promover la tolerancia social y racial, el precepto no superaría el test de proporcionalidad. En primer lugar, suponiendo que existiese un nexo racional entre el objetivo de promover la armonía social y el artículo 181, éste era demasiado vasto y más incisivo de lo necesario para alcanzar ese objetivo. Iba demasiado lejos. El elemento típico del conocimiento por el acusado de la falsedad de la declaración agravaba el problema, porque obligaba al Juez a indagar acerca de la creencia subjetiva del acusado en relación con la veracidad o falsedad de la declaración. Pero el mayor peligro venía del alcance indeterminado de la expresión «un atentado o daño a cualquier interés público», que podía extenderse casi hasta el infinito. Los jueces que conforman la mayoría en este caso no cuestionan, pues, la necesidad de reprimir las declaraciones falsas que fomentan el odio; lo que reprochan al legislador penal es la excesiva vaguedad y amplitud de un tipo que, tal y como estaba redactado, podría acabar aplicándose a cualquier declaración presuntamente falsa. A la vista de esta explosiva combinación de alcance potencialmente expansivo y efectos particularmente incisivos, la restricción de la libertad de expresión no resultaba proporcionada a la finalidad que parecía perseguirse.

Constitución dispensa a la libertad científica porque «sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección» (FJ 4).

Merece la pena recordar con algo más de detalle la doctrina sobre el contenido y alcance de la libertad científica establecida en la mencionada Sentencia, que desestimó el recurso de amparo presentado por los hijos de Carlos Trías, un abogado ya fallecido que había sido citado en un programa de televisión emitido por el canal TV 3 como testigo de cargo que declaró en dos ocasiones ante el Juez instructor del Consejo de Guerra sumarísimo incoado en el año 1937, que concluiría con la condena a muerte de Manuel Carrasco, diputado, consejero de la Generalitat y fundador del partido político UDC, por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión militar. En dicho documental sobre la trayectoria personal y política de Carrasco i Formiguera se dijo que el Sr. Trías, junto con otras siete personas que luego ocuparían altos cargos dentro del régimen franquista, había comparecido voluntariamente para acusar al político catalanista de haber intentado la fundación de una República independiente, y que la condena impuesta se basó exclusivamente en dichos testimonios (58).

Los recurrentes en amparo arguyen en su demanda que su padre tan sólo declaró en la instrucción de la causa abierta contra el Sr. Carrasco (no llegó a comparecer en el juicio oral) tras ser citado por el Juez, sin descubrir en su

(58) La Sentencia impugnada, dictada en casación por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 8 de marzo de 1999, había desestimado la demanda de los actores civiles, revocando las dictadas en primera instancia y apelación, que habían apreciado la existencia de una intromisión ilegítima en el honor de don Carlos Trías, al considerar que la forma e intención con que se narraron los hechos no se correspondía objetivamente con lo que resultaba del examen del sumario del Consejo de Guerra, llevando al ánimo del público un juicio negativo y desmerecedor del Sr. Trías lesivo de su honor y del de sus hijos, ya que se le presentaba a él y a los otros siete testigos de cargo en aquel proceso como los causantes de su fusilamiento. La Sala parte de la premisa de que su función no es «enjuiciar la Historia», sino «aplicar el Derecho». La relevancia pública del asunto era indiscutible y la veracidad de la controvertida información también estaba fuera de discusión: Carlos Trías compareció, en efecto, como testigo de cargo en el citado Consejo de Guerra (su declaración consta en el sumario) y dada su condición de abogado no parece probable que desconociese las trágicas consecuencias que podía tener su testimonio para el acusado. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no hubo intromisión ilegítima en el honor del padre de los demandantes, puesto que en el reportaje en cuestión se narraban hechos históricos que debían tenerse por ciertos y con relevancia pública y no resultaban difamatorios para el aludido ni le hacían desmerecer en la consideración ajena. En cuanto a los juicios de valor que se anudan a esos hechos veraces, «caben en la libertad científica de un historiador».

declaración hecho nuevo alguno que no fuese conocido ya merced a los «informes-denuncia» que obraban en poder del instructor. Es falso, pues, que los testigos acudieran voluntariamente a declarar. Tampoco es cierto, en su opinión, que la condena se fundase exclusivamente en las declaraciones de los testigos que se mencionan. Tales declaraciones fueron irrelevantes para el fallo, pues la condena se basó en la documentación que se le encontró al acusado cuando fue detenido (59).

Consciente de las peculiaridades que rodeaban el caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de la que fue ponente la Magistrada M.^a Emilia Casas, no limitó su análisis al posible conflicto entre el derecho fundamental al honor del aludido y las libertades de expresión e información de quienes elaboraron el reportaje televisivo, sino que el centro de gravedad de su argumentación se situó en la protección que nuestra Constitución brinda a la libertad científica del historiador.

Recuerda, en primer lugar, que el documental cuestionado versa sobre hechos históricos que tienen una indudable relevancia pública. No se trata de una crónica sobre un proceso judicial de nuestros días. Para el Tribunal, «las valoraciones y juicios sobre los hechos históricos... son tan inevitables como necesarios, sin perjuicio de la dificultad de que alcancen consenso o valoración unánime». Y «esto vale también para la reconstrucción científica del pasado que llamamos “historiografía”, un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescindiera de toda perspectiva ideológica o moral en la exposición del pasado». La historia es una ciencia «libre y metodológicamente fundada», que no admite dogmas de fe. Es más, «sin diálogo con los juicios de los demás... no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio... para la formación de una conciencia histórica colectiva». En otras palabras, la unanimidad en la valoración de acontecimientos históricos es infrecuente (podría ser incluso una anomalía sospechosa) y poco fecunda. Se pueden mantener opiniones distintas e incluso contrapuestas sobre hechos históricos siempre que estén «metodológicamente fundadas».

Se da la circunstancia de que la autora del reportaje, además de periodista, es historiadora. El Tribunal destaca este dato, porque el programa es el fruto de

(59) A juicio de los demandantes, la autora del reportaje no obró con la diligencia exigible para poder calificar como veraz la información que divulgó. Resulta patente que no contrastó sus afirmaciones con la diligencia debida pese a ser la primera persona que tuvo ocasión de examinar en su integridad el sumario de la causa. El programa en cuestión presentó como información verdadera lo que no eran sino burdas falsedades y opiniones gratuitas que se vertieron con la intención de difamar al Sr. Trías.

una amplia investigación que duró varios meses, y en él intervienen varios historiadores. Se ha querido ofrecer una valoración historiográfica de los acontecimientos y por ese motivo la realización del documental se inscribe en el ámbito protegido por la libertad de producción y creación científica [art. 20.1.b) CE].

No era la primera vez que el Tribunal se ocupaba de este derecho, pero en esta ocasión va a referirse, en particular, a la libertad científica del historiador. A su juicio, «la libertad científica — en lo que ahora interesa, el debate histórico — disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información», porque «se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad... se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos» (60).

La aplicación de esta doctrina conduce a la desestimación del amparo solicitado. Es indudable que el documental en cuestión es producto de una larga investigación histórica en la que se ha contado con las actas del proceso en el que se condenó al Sr. Carrasco y con diversos testimonios. El objetivo que se persigue no es mancillar el honor de alguien, sino aportar una visión, en parte subjetiva, de una persona o un hecho histórico. La sentencia insiste en esta idea: «Si la historia solamente pudiera construirse con base en hechos incuestionables, se haría imposible la historiografía, concebida como ciencia social. En su ámbito, los historiadores valoran cuáles son las causas que explican los hechos históricos y proponen su interpretación (61), y aunque tales explicaciones e interpretaciones sean en ocasiones incompatibles con otras visiones, no corresponde a este Tribunal decidir, por acción u omisión, cuál o cuáles deban imponerse de entre las posibles. Son los propios ciudadanos quienes, a la luz del debate historiográfico y cultural, conforman su propia visión de lo acaecido, que puede variar en el futuro». No se puede explicar con más claridad. La

(60) En principio, «la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica».

(61) De la libertad científica del artículo 20.1.b) CE se puede predicar (con más razón si cabe) lo que el Tribunal ha dicho en relación con la libertad de información: que comprende la libertad para interpretar las fuentes que sirven de base al relato y que la exigencia constitucional de veracidad no excluye «la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que con ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración de esas mismas hipótesis o conjeturas (STC 171/1990, de 12 de noviembre)».

objetividad en la reconstrucción de los hechos es algo que no cabe esperar ni exigir (62).

En el último fundamento jurídico de la Sentencia 43/2004, el Tribunal recapitula y hace suya la afirmación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el sentido de que no tiene «la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho». De otro modo, añade, «se impondría a los órganos jurisdiccionales la tarea de verificar juicios históricos antes que jurídicos. La discusión histórica está abierta a la participación y a la réplica en su contexto propio y por sus medios característicos, pero no puede estarlo a la solución jurídica, cuya verdad no es, por definición, la que se persigue y construye con el método histórico». Ciertamente, determinadas interpretaciones de hechos históricos pueden resultar molestas para sus protagonistas o para sus descendientes. En este caso, los hijos del Sr. Trías, que discrepan de algunas afirmaciones que se hacen en el documental, pueden «iluminar acerca de cuál fue, a su juicio, la participación de su padre en el procesamiento del Sr. Carrasco... contribuyendo así a enriquecer el debate histórico». Lo que no pueden pretender es impedir la emisión del documental.

Es una lástima que el Tribunal no haya sacado más partido a la importante doctrina sentada en aquella ocasión, que podría haber reforzado, desde una perspectiva complementaria, la trama argumental de la Sentencia. En una sociedad democrática madura, la conciencia histórica no puede imponerse a golpe de decreto; tiene que ser el resultado de un proceso de libre discusión, de libre interpretación de los acontecimientos, sin cortapisas ni tabúes. Aunque el precio que haya que pagar sea el que circulen publicaciones que nieguen, minimicen o banalicen lo que con toda evidencia sucedió. Negar la barbarie nazi es una falsedad, porque la matanza de millones de judíos es un hecho incontestable, perfectamente documentado, pero ¿es necesario encarcelar como un hereje a quien se empeñe en sostener con mala fe lo contrario? ¿Estamos obligados a proteger penalmente la memoria de las víctimas? ¿No son suficientes las acciones civiles que pueden promover los afectados? ¿Tan poca confianza tenemos en la fuerza persuasiva de las evidencias históricas como para convertir a los

(62) En este caso, el Tribunal Supremo corrigió acertadamente las decisiones de los órganos judiciales que «afirmaron como “verdad histórica” lo que no constituye más que una posible interpretación de los hechos». Desde la perspectiva del canon de veracidad, se ha de reconocer que los hechos sucedieron como fueron narrados en el reportaje. Nadie lo ha puesto en duda. La discrepancia radica en la valoración que de ellos se hace: para los demandantes, es tendenciosa y dirigida a mancillar el honor de su padre al atribuirle una decisiva intervención en el trágico final del Sr. Carrasco. No opina lo mismo el Tribunal, que no aprecia en las afirmaciones reseñadas en el documental el ánimo de vengar al Sr. Trías.

jueces en guardianes de la historia oficial? No podemos convertir la historia en una suerte de saber teológico.

B) La justificación pública del genocidio

La conclusión a la que llega el Tribunal en relación con la difusión de ideas que justifiquen el genocidio es bien diferente. Aquí no se trata de negar un hecho histórico, sino de formular un juicio de valor, una opinión sobre un genocidio cuya existencia se admite. En este punto parece que todos los magistrados, conscientes de la repercusión que podría tener su decisión en el eventual enjuiciamiento en clave constitucional del delito de enaltecimiento del terrorismo tipificado en el 578 CP, coinciden en que «la especial peligrosidad» de un delito tan odioso como el genocidio permite que excepcionalmente el legislador penal castigue la justificación pública de ese delito, «siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión» y no se confunda con «la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo», que resultaría plenamente amparada por los artículos 16 y 20 CE. En supuestos como éste, en los que está en juego el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona, el legislador, dentro de su libertad de configuración, puede perseguir legítimamente no sólo la provocación directa (ya castigada en el art. 615 CP) sino la indirecta, una variante que normalmente no es punible (art. 18 CP), porque implica un adelantamiento considerable de la represión penal.

Así pues, las conductas merecedoras de reproche penal serían únicamente (y así ha de interpretarse el art. 607.2 CP) aquellas que de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. O una provocación al odio contra determinados grupos en razón de su raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio entrañe «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación» (63).

(63) Para el Tribunal, el entendimiento de la difusión de mensajes justificadores del genocidio como una manifestación del discurso del odio está en consonancia con los textos internacionales más recientes. Y menciona, en concreto, el artículo 1 de la Propuesta de Decisión-Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, que, como vimos, obliga a los Estados miembros a castigar la apología pública de los crímenes de genocidio cuando «la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio» contra el grupo social afectado.

La sentencia resuelve las dudas del órgano judicial proponente de la cuestión sin enrederarse en disquisiciones dogmáticas: «resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia».

Pero lo cierto es que el tenor literal del artículo 607.2 CP (al igual que el 578 CP) no recoge en ningún momento ese elemento adicional de incitación directa o indirecta al odio racial o a la comisión de un delito de genocidio. ¿Hay que entender entonces que cualquier opinión justificadora de un delito de genocidio entraña siempre, por definición, una incitación indirecta al genocidio o al odio racial; o habrá que apreciar en cada caso, y en función de las circunstancias concurrentes, si se cumple o no esa condición? El Tribunal parece decantarse por esta última interpretación, que se ajustaría mejor a las exigencias de rigurosa proporcionalidad en el ámbito de las intervenciones punitivas y resultaría, por ello, más conforme con la Constitución (64). Una solución que me parece, como mínimo, discutible, no sólo porque contradice la voluntad del legislador, que decidió en su momento sancionar la apología o justificación del genocidio sin imponer condiciones que limitaran el alcance de la reacción punitiva (como la propia sentencia se ha encargado de subrayar al descartar precisamente una interpretación restrictiva del tipo que castiga la simple negación del genocidio), sino también porque presumiblemente el criterio adoptado en relación con el 607.2 sería aplicable también al delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578, el otro tipo autónomo de apología previsto en nuestro Código Penal. No hace falta subrayar la trascendencia que tendría la proyección en el ámbito de la apología del terrorismo de una lectura como la que acaba de esbozarse, que no se compece con la interpretación que viene haciendo la jurisprudencia de este precepto.

3.5.3. *Los Votos Particulares*

La sentencia se publicó acompañada de cuatro Votos Particulares, que reflejan la opinión discrepante de otros tantos Magistrados. En el primero de ellos,

(64) Esta interpretación «no puede entenderse como desvirtuadora de la voluntad del legislador, pues dota al precepto de un ámbito punible propio y específico que, en aplicación del principio de proporcionalidad, puede entenderse adaptado razonablemente en cuanto a las penas a la gravedad de las conductas perseguidas».

García Calvo, que en un determinado momento llega a invocar como argumento suplementario la aprobación sin la más mínima oposición de la Ley Orgánica 4/1995, se alinea claramente con la postura mantenida por el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones. A su juicio, el precepto en cuestión castiga la negación o justificación «de los delitos», no la pura negación de hechos, una distinción artificial porque quien niega la existencia de campos de exterminio o el siniestro plan de aniquilamiento sistemático que en ellos se llevó a cabo está negando la comisión de un delito de genocidio y, a la inversa, sólo se puede soslayar la naturaleza delictiva de la actividad desarrollada en tales campos negando hechos tan abrumadoramente ciertos como el asesinato masivo de judíos en las cámaras de gas. Para García Calvo, ni siquiera está en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas. De ahí que llegue a la conclusión de que las tres conductas delictivas —negación, justificación y rehabilitación— tipificadas en el apartado 2.º del artículo 607 CP son acordes con la Constitución.

Al Magistrado Rodríguez-Zapata, que formula el segundo Voto Particular, no le convence la diferenciación que la Sentencia establece entre la negación de los delitos del artículo 607.1 CP, que se considera inane, y la justificación de los mismos, que sí se considera punible. Y no le convence, entre otras cosas, porque entiende que la propaganda negacionista de los grupos «antipluralistas» representa hoy un «peligro presente y claro» en el seno de la Unión Europea. Prueba de ello sería la reciente propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, que antes citábamos.

Rodríguez-Zapata explica de forma sencilla y didáctica las profundas diferencias que se observan en el tratamiento de esta cuestión en la doctrina y los tribunales de Estados Unidos, por un lado, y en Europa, por otro: «cada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científicamente todas las conductas genocidas que tipifica hoy nuestro artículo 607 CP no se produjo en América, sino en Europa». Por eso, colige Rodríguez-Zapata, la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contempla la libertad de expresión como una libertad «preciosa», mientras que en Europa «el puesto de honor en la lista de los derechos fundamentales lo ostenta la dignidad del ser humano» y —con la excepción del Reino Unido y los países escandinavos— las democracias europeas «no encuentran reparo en adoptar leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan los crímenes del holocausto nazi». No cabe duda de que la traumática experiencia del nazismo ha marcado la cultura jurídica del continente europeo, pero de la constatación de ese hecho no se deduce que el legislador español tenga que adoptar irremisiblemente ese enfoque, predominante en nuestro entorno.

Apoyándose en la doctrina establecida en las SSTC 214/1991 y 176/1995, Rodríguez-Zapata no alcanza a comprender cómo la mayoría llega a la conclusión de que las ideas u opiniones que niegan la existencia del genocidio encuentran cobijo en el artículo 20 CE después de haber afirmado en su Sentencia que «resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada» (FJ 4).

En la misma dirección apunta el Voto Particular que formula el Magistrado Rodríguez Arribas. A su juicio, el negacionismo es, en sí mismo, un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y «pretender amparar semejantes actitudes en la libertad de expresión es degradarla». Coincide con el Ministerio Fiscal en que este tipo de literatura intenta crear un estado de opinión tergiversado sobre un hecho histórico, tratando así de fomentar el olvido del mismo; y ése es un peligro que una sociedad democrática no puede correr en un momento en el que asistimos a un rebrote de esas actitudes. No se trata de instaurar una «democracia militante», pero no se puede adoptar tampoco la fórmula alternativa de una «democracia ingenua» que tolere la actuación impune de quienes pretenden secuestrarla o destruirla.

Para este Magistrado, el precepto que la sentencia declara (parcialmente) inconstitucional no vulnera en modo alguno la libertad científica [art. 20.1.b) CE], porque «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». Rodríguez Arribas comparte plenamente el análisis de quienes descartan sin más la posibilidad de que la negación o trivialización de ese trágico episodio pudiera ser el fruto de la honesta investigación de un grupo de historiadores. En su opinión, ese elemento intencional, que no se pone en duda respecto de la justificación del genocidio, está también presente en la conducta consistente en negar ese mismo delito.

Algo más consistente me parece el último de los Votos Particulares, el que formula el Magistrado Pascual Sala, que discrepa también de la fundamentación y el fallo de la sentencia en lo que se refiere a la declaración de inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 607.2 CP, que castiga la difusión de ideas o doctrinas que nieguen un delito de genocidio, pero aduce otros motivos para oponerse al criterio mantenido por la mayoría, a la que reprocha, de entrada, el no haberse esforzado lo suficiente a la hora de buscar una interpretación conforme con la Constitución de todo el precepto.

Al igual que Rodríguez Arribas, Pascual Sala no acaba de entender que la Sentencia diga que la justificación equivale a «incitación indirecta» a la comisión de delitos de genocidio y sin embargo esa misma interpretación se deseche cuando la conducta consiste en negar el genocidio, al no apreciarse en esta modalidad delictiva el elemento tendencial que sí se considera comprendido en la difusión de opiniones que justifiquen un delito de genocidio. A su juicio, lo que el precepto cuestionado castiga en las ambas conductas, legalmente equiparadas, no es la negación o la justificación en abstracto, sino la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión. Creo que esa insistencia en que se trata de conductas equiparables carece de fundamento: tenemos que repetir una vez más que la negación de un delito no comporta *per se* su justificación. En buena lógica, la justificación presupone la existencia del hecho que se presenta como legítimo. Y, a diferencia de la simple negación, sí puede interpretarse como una forma indirecta de incitación.

Recuerda Pascual Sala que el artículo 607.1 define el delito de genocidio con un denominador común a todas las modalidades que contempla en sus cinco ordinales: el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En cambio, el artículo 607.2 hace referencia a la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen «no los hechos sustentadores de las formas comisivas del apartado 1, sino los delitos tipificados en dicho apartado», que no pueden cometerse sin ese propósito. El matiz no es irrelevante porque de ahí deduce que ese elemento tendencial está también presente en las modalidades comisivas del apartado 2. Sinceramente, no entiendo muy bien el razonamiento. A mí me parece claro que ese propósito se exige únicamente para las conductas descritas en el apartado 1. El artículo 607.2 dice lo que dice y no podemos añadir por nuestra cuenta ingredientes que el legislador no quiso incluir (65).

(65) En defensa de esa lectura del 607 CP, Pascual Sala trae a colación la Propuesta de Decisión-Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, tantas veces citada. Pero, en contra de lo que afirma este Magistrado, el artículo 607.2 CP no coincide en este punto con dicha Propuesta. Todo lo contrario, la diferencia estriba justamente en que el 607.2 no exige expresamente la intención de incitar a la violencia o al odio y no se puede entender, creo yo, como un requisito implícito. Aunque, siendo honestos, hay que reconocer que esa fue la solución adoptada por la *Cour d'arbitrage* belga en su Sentencia de 12 de julio de 1996. Mediante esa decisión, a la que que tanto Sala como Rodríguez Arribas podían haber apelado por tratarse del primer pronunciamiento de un tribunal europeo acerca de la constitucionalidad de una ley que sanciona penalmente el discurso negacionista, el alto tribunal desestimó el recurso y confirmó la licitud constitucional de la Ley belga de 23 de marzo de 1995 tendente a reprimir la negación, minimización, justificación o aprobación del genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la Segunda

El propio Voto Particular sale al paso de este tipo de interpretaciones creativas, que manipulan el enunciado legal, y reconoce que el Tribunal Constitucional no puede reconstruir una norma para salvar su constitucionalidad, ni puede forzar tanto la interpretación conforme que acabe siendo una interpretación *contra legem*, porque de esa manera se convertiría en legislador positivo. Pero en este caso, puntualiza el Magistrado disidente, el sentido de la norma es «evidente» y al exigir en la conducta de difusión de doctrinas que nieguen los delitos de genocidio el elemento intencional de incitación indirecta a la violencia o al odio no se está desfigurando el texto legal. De hecho, ese elemento tampoco figura explicitado en la conducta equivalente de justificación. Pascual Sala está convencido de que el legislador no quiso incriminar sólo «una aséptica conducta de negación fáctica desprovista de toda intencionalidad» (66). Tal vez, pero lo único que sabemos con certeza es que no consideró oportuno añadir ese requisito. Ni siquiera contempló esa posibilidad (me remito en este punto a los debates parlamentarios).

En la última parte de su Voto Particular, este Magistrado pone sobre la mesa otro argumento: cualquier expresión que implique una defensa del genocidio

Guerra Mundial. Invocando expresamente la jurisprudencia del TEDH, la Sentencia considera que la prohibición de expresiones que, además de ofensivas para la memoria de las víctimas y del propio pueblo judío, «ofrecen un terreno al antisemitismo y el racismo y constituyen una amenaza en la sociedad democrática en tanto que tienden a la rehabilitación de la ideología nazi» es una medida proporcionada (la pena máxima prevista es de un año de prisión) que responde a una «necesidad social imperiosa». En este sentido, la Ley impugnada, que limita la libertad de expresión sin impedir en modo alguno la investigación histórica objetiva y científica sobre el genocidio nazi, trata de «combatir un fenómeno específico tendente a desestabilizar la democracia». La sentencia se funda pues en la presunción de que en las manifestaciones de signo negacionista anida la voluntad de rehabilitar una ideología genocida y antidemocrática e infamante para las víctimas, un elemento subjetivo no explicitado en la Ley. Pero se trata en todo caso de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, puesto que el Juez puede deducir de las circunstancias que concurren en el caso concreto la ausencia de dicha intención. *Vid.* las observaciones de F. RINGELHEIM en la nota «Le négationnisme contre la loi», publicada en la *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, núm. 29, 1997, págs. 111-133, y D. BATSELE, «Racisme et liberté d'expression. Examen de législation et de jurisprudence belges», *RTDH*, número especial, 2001, págs. 321-342.

(66) En esta línea se mueve también el comentario crítico de A. CATALÀ y Z. PÉREZ, «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 10, 2007, págs. 181 y sigs. A su juicio, «la negación de este tipo de hechos no es algo sin intención, neutral o aséptico», daña «una variedad de bienes jurídicos que van desde el orden público en cuanto que directa o indirectamente incita al odio racial, al honor de las víctimas humilladas en su dolor pasando por la memoria y respeto debidos a los muertos» (pág. 182). Dado que el Tribunal parece exigir la concurrencia de ese elemento expreso de incitación en la configuración del tipo penal, «urge una actuación del legislador que introduzca ese elemento tendencial en el artículo 607.2» (pág. 193).

(se vuelve a equiparar negación con defensa) no es sino una variante de lo que genéricamente denominamos «discurso del odio», un tipo de discurso que todo Estado democrático está obligado a perseguir. En este caso, lo que se castiga es la difusión de materiales en los que «de forma reiterada e inequívocamente vejatoria» para el grupo afectado se negaba la persecución y el genocidio sufridos por el pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial. En su opinión, no cabe duda de que en el supuesto examinado sí concurre ese elemento tendencial (la intención de ultrajar a la comunidad judía). Por eso, la modalidad delictiva declarada inconstitucional en la sentencia no resulta contraria al derecho a la libre expresión que reconoce el artículo 20.1 CE y, en consecuencia, la cuestión debió ser desestimada íntegramente. No puedo suscribir ese análisis. En las publicaciones y vídeos incautados por la policía en la librería Europa son constantes, en efecto, las alusiones vejatorias al pueblo judío, pero Varela, conviene recordarlo, ya fue castigado como responsable de esas manifestaciones inequívocamente ofensivas a una pena de tres años de prisión y multa por un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, previsto en el artículo 510.1 CP. Es posible incluso que el contenido de alguno de los textos pudiera ser constitutivo de un delito de apología o justificación del genocidio, pero lo que aquí se dilucida es la licitud constitucional del tipo penal que sanciona la negación del Holocausto como trágico acontecimiento histórico. A fin de cuentas, una parte no desdeñable de los panfletos intervenidos podría ser catalogada como propaganda negacionista.

3.5.4. *Reflexión final*

Sabemos que, como dice la Audiencia de Barcelona, corresponde al legislador penal la definición de la política criminal, la selección de los bienes jurídicos que merecen protección, de las conductas reprobables que deben ser sancionadas. Pero esa decisión puede ser objeto de valoración, entre otras cosas porque esos bienes jurídicos no se tutelan frente a cualquier ataque imaginable, sino únicamente frente a los que se considere más graves o peligrosos.

Creo que la sentencia podría haber puesto más énfasis en el principio de intervención mínima. El Derecho penal juega un papel subsidiario como medio de control social. Sólo debe intervenir cuando resultan insuficientes otras formas de resolver los problemas. El legislador tiene que vencer la tentación del recurso abusivo o indiscriminado al Derecho penal a la hora de imponer restricciones a la libertad de expresión. Las decisiones incriminadoras del legislador penal están sujetas a límites que deben interpretarse de modo estricto para no incurrir en lo que se conoce como «prohibición de exceso». La san-

ción penal tiene que concebirse como última *ratio*, como una medida extrema, muy severa, con efectos secundarios (disuasorios, inhibidores o desalentadores) perfectamente descritos en la literatura especializada. Los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, irrenunciables en un modelo de Derecho penal constitucionalmente adecuado, obligan a considerar cuidadosamente la posible existencia en este ámbito de medidas alternativas menos drásticas, pero quizá más eficaces, como la tutela civil del derecho al honor. Además, y de acuerdo con otro principio capital del moderno Derecho penal, el de ofensividad, la función del Derecho penal no consiste en la represión de simples actitudes o creencias internas (por reprobables que éstas sean), sino en la prevención de comportamientos capaces de lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos. Sólo esas conductas lesivas o peligrosas merecen un reproche penal. No parece prudente, en este como en otros terrenos, matar moscas a cañonazos.

Ciñéndonos a la cuestión planteada en relación con el primer inciso del artículo 607.2, cabe preguntarse si el auge del racismo o la xenofobia justifica la adopción de esta medida profiláctica. ¿No existen en el Código Penal vigente otros tipos que proporcionan una protección suficiente, además de la vía civil? (67). En este caso, creemos que el recurso a la sanción penal no está objetivamente justificado. Como ha señalado G. Jakobs, las «prohibiciones de simpatía» y la protección del clima de convivencia pacífica sólo pueden llegar a justificarse en épocas de crisis de legitimación, de forma pasajera, esto es, mediante normas de vigencia temporal limitada. No en el contexto en que nos encontramos. Sólo cuando la sociedad está tan débil o enferma que no puede contrarrestar ideas que infringen claramente el sistema constitucional de valores se puede llegar a justificar el recurso a instrumentos penales para defender un estado de opinión (68). En un clima de estabilidad política e institucional y

(67) Como señala Marc Carrillo, «el fondo de la cuestión, es la respuesta jurídica a dar a las expresiones de odio que se traslucen en la negación de un genocidio. Desde un punto de vista moral, se puede considerar legítimamente que la negación misma es un acto de violencia contra las víctimas. Pero en términos jurídicos, la expresión miserable no puede ser perseguida con la lógica del *ius puniendi* del Estado. Cosa distinta es lo que en el ámbito civil pueda llevar a cabo la persona lesionada por la expresión odiosa» («Libertad y expresiones odiosas», *El País*, 20 de febrero de 2007).

(68) *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997, págs. 293 y sigs. Como regla general, no es legítimo hacer responder a un sujeto de sus meros pensamientos, cuando éstos no producen una perturbación externa. La cuestión es si una conducta que no puede ser criminalizada como acto preparatorio de la lesión de determinados bienes jurídicos, no merece serlo por la lesión anticipada de otro bien jurídico. Esto ocurre, según Jakobs, con la protección de la «paz jurídica» en el delito de amenazas, o la protección de un clima en los delitos de instigación contra sectores de

profundo arraigo de la cultura democrática, lo más coherente es permitir la difusión del pensamiento del racista o del antisemita, y no convertir a unos cuantos sujetos despreciables en víctimas o mártires de un sistema que rechazan. No hay que excluir, en efecto, que estas prohibiciones sean contraproducentes y los grupos que defienden ideas racistas o tesis revisionistas exploten su complejo de persecución.

Por más vueltas que le demos y cualquiera que sea la intención de quien así se expresa, no es lo mismo opinar que incitar. No podemos borrar esa línea divisoria, porque como regla general (con muy pocas excepciones) las opiniones erróneas, por abyectas que sean, siempre pueden combatirse y neutralizarse. Mientras que no disponemos de ese margen para reaccionar cuando la instigación a la acción delictiva es directa e inmediata.

No puedo sino coincidir con el tratamiento que recomendaba Marc Carri- llo con ocasión de la condena impuesta en 2006 al historiador británico David Irving: no hay por qué impedir el conocimiento de una obra como *Mein Kampf*, por ejemplo, o de determinadas interpretaciones de la historia que no resisten el más mínimo análisis objetivo y son pura bazofia. La «desinformación» que pudieran provocar las corrientes revisionistas no justifica «la tutela paternalista del Estado para conducir por la senda correcta al ciudadano». Una tutela penal que además coloca al órgano judicial en una posición muy delicada, obligado a dirimir una cuestión que es objeto de debate historiográfico (69).

Son falsedades que merecen nuestro más rotundo desprecio, pero no una sanción penal. No al menos si nos tomamos en serio el principio de intervención mínima y no nos dejamos arrastrar por la corriente de lo que viene denominándose «huida al Derecho penal». En este caso, para establecer un tabú, sacralizando innecesariamente una versión de la historia cuya veracidad se impone abrumadoramente y no está realmente en cuestión (yo no percibo al menos un riesgo de erosión en ese sentido). El papel del *ius puniendi* como instrumento

la población o incitación al odio racial (par. 130 y 131 StGB). Ahora bien, la justificación de la protección del clima sólo cabe en tiempos de «crisis de legitimación», de emergencia, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar su restablecimiento. Incluso entonces se trata sólo de normas con un período de vigencia estrictamente limitado. Habría estado justificada, por ejemplo, una prohibición de aprobar los actos de violencia del nacionalsocialismo en la inmediata posguerra, tras la derrota del régimen nazi. No discute que también las sociedades modernas tienen una necesidad de estabilidad, de que se garanticen determinados valores sobre los que existe un consenso básico. Lo único que pone en duda es que sea necesario o razonable dar respuesta a esa necesidad por medio del Derecho penal: cuando la conducta no tiene ningún efecto coactivo no debería reaccionarse contra ella con la coacción del Derecho penal.

(69) «La libertad y las expresiones miserables», *El País*, 5 de marzo de 2006.

regulador de las relaciones sociales (del discurso político en este caso) es limitado, no debe sobrestimarse. Y no parece que se perturbe peligrosamente la convivencia con este tipo de literatura excéntrica, que circula sobre todo por internet (70).

(70) Una valoración diametralmente contraria puede verse en el artículo de A. CATALÀ y Z. PÉREZ, con esta Sentencia «se hace un flaco favor a la lucha contra el racismo y la xenofobia y damos alas a los intolerantes», porque se abre «una fisura en el sistema que será aprovechada por aquellos que no creen en la democracia» pero se aprovechan de ella para combatirla. En este campo no son de recibo las posturas relativistas o titubeantes: «la realidad del Holocausto no es discutible» (*op. cit.*, págs. 182-186).