

La declaración de inconstitucionalidad del delito del “negacionismo” (artículo 607.2 del código penal español)

José Antonio Ramos Vázquez*

RESUMEN

La consagración del llamado “delito de apología del genocidio”, en el artículo 607.2 del Código penal español, pareció problemática a la doctrina por la dificultad que suponía su armonización con el delito de apología “general” del artículo 18.1 del mismo código. La dificultad estaba en que mientras la apología del art. 18 exige, para su punición, que se trate de una forma de provocación para la comisión del delito, de la literalidad del art. 607.2 no parece posible extraer esa condición, por lo que se estaría castigando la difusión de ideas o doctrinas en sí misma considerada. Entendida así la apología del genocidio, como una suerte de delito de opinión, no puede ser aceptada la configuración que el legislador le dio al delito, por suponer una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión. Conforme a lo anterior, la declaración de inconstitucionalidad de una parte del artículo 607.2 CP (la referida a la negación) se quedó corta al no incluir la justificación del genocidio, ya que las razones que llevaron al Tribunal constitucional español a considerar contrario a la carta política el delito de “negacionismo”, podían ser predicadas de la totalidad del artículo.

* Universidad de La Coruña (España).

ABSTRACT

Including the crime of “apology for genocide” in the article 607.2 of the Spanish Criminal Code (SCC) was considered a problem by jurisprudence because it was difficult to harmonize that article with the “overall” apology that appears in article 18.1 SCC. The problem was that while the “overall” apology (article 18 SCC) requires, in order to be punished, the action to be considered as a measure tending to the commission of genocide, It seems to be impossible to get this condition in the apology for genocide because of the literal sense of the article 607.2 SCC; so that, the apology for genocide would be a punishment for simple diffusion of ideas and doctrines itself. Accordingly, the crime of apology for genocide would be a sort of crime of opinion, and that can't be accepted because it means an unjustified limit to the right of expression. Along these lines, declaring unconstitutional a portion of the article 607.2 SCC (the part about negation of genocide) was not enough because that declaration didn't include the justification of the genocide as unconstitutional, and it was evident that inclusion would be adequate.

PALABRAS CLAVE

Delito de apología; apología del genocidio; delito de opinión; libertad de expresión; provocación al genocidio; derecho penal del enemigo.

SUMARIO

A. Introducción; B. El artículo 607.2 del CP; C. La sentencia del Juzgado de lo penal No. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998; D. La sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007; E. Comentario crítico.

A. Introducción

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) de 7 de noviembre de 2007, en la que se declara inconstitucional un inciso del artículo 607. 2 del Código penal (en adelante, CP), en el que se castigaba el llamado “negacionismo”, es decir, la conducta consistente en negar la existencia de un determinado genocidio.

A este fin, estructuraremos estas páginas del siguiente modo: En primer lugar, examinaremos el artículo 607. 2 CP y las críticas doctrinales que ha recibido desde el mismo momento de su aparición en el ordenamiento jurídico-penal; en segundo lugar, se expondrá el contenido de la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, de la que trae causa la Sentencia del TC objeto de estudio aquí; por último, se analizará la referida Sentencia del TC de 7 de noviembre de 2007 y las consecuencias que tiene sobre el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento.

B. El artículo 607. 2 del CP

El castigo de la apología ha sido siempre una cuestión controvertida: como es obvio, el castigo de la expresión de una opinión (aunque, como en este caso, constituya una alabanza de un determinado delito) parece entrar en colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión, recogido en nuestro ordenamiento con carácter general en el artículo 20 de la Constitución.

Al no ser la regulación genérica de la apología en el actual CP el objeto del presente trabajo, me limitaré a apuntar que, como es bien sabido, tras un largo debate, en el que también desempeñó un papel relevante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹, la cuestión se zanjó en el Código penal de 1995 mediante la introducción de su artículo 18. 1, que reza así:

“La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, 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. La apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

¹ Resulta fundamental, entre otras y en este sentido, la Sentencia 159/1986 de 12 de diciembre en la que se concedía el amparo al director del diario EGIN frente a su condena por un delito de apología del terrorismo.

Como salta a la vista ya en una primera lectura de este precepto, la apología –en efecto– se consideró punible por parte del legislador de 1995, pero solo en la medida en que “por su naturaleza y circunstancias” constituyese una “incitación directa a cometer un delito”, es decir, la apología sólo constituirá delito en cuanto que forma de provocación. Con esto parecía quedar cerrada la cuestión, dándole la razón el legislador a la mayoría de la doctrina, que siempre se había mostrado reacia al castigo de la apología que no constituyese una incitación directa al delito².

Sin embargo, el propio legislador de algún modo se contradijo, al introducir en la redacción final del entonces nuevo Código penal un precepto que, al menos en apariencia, se opone frontalmente a la regulación contenida en el artículo 18. Se trata, por supuesto, del mal llamado “delito de apología del genocidio”, recogido en el apartado 2 del artículo 607 del Código penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

Se desprende inmediatamente de la lectura de este precepto la contradicción a la que antes aludíamos: si la regulación genérica de la apología contenida en el artículo 18.1 exigía para su punición que se tratase de una forma de provocación, el artículo 607.2 parece no exigir tal requisito.

Esto ha motivado, desde el mismo momento de la promulgación del Código penal de 1995, una actitud crítica frente a este precepto por parte de la doctrina.

Así, TAMARIT SUMALLA resume la cuestión indicando que la introducción del artículo 607. 2 “supone la negación del avance que ha supuesto la

² En este sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN señalan lo siguiente: “Lógicamente, el acierto de la incorporación de esta cláusula no consiste en declarar que las conductas de apología que consistan en una incitación directa son punibles (...) Su acierto reside en garantizar la eliminación del ámbito típico de la simple exteriorización de opiniones o las peticiones de adhesión ideológica, que si bien social, política o institucionalmente pudieran considerarse dignas de reproche, no se hacen merecedoras de sanción penal, por no suponer una forma de incitación directa al delito”. (MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 521).

sumisión de la criminalización de la apología a la lógica propia de un acto preparatorio"³.

En efecto, se castigan aquí conductas que no solo caen enteramente fuera de la provocación en cuanto que acto preparatorio (como indica TAMARIT SUMALLA) sino que, incluso, exceden, en cierto modo, el ámbito de lo apologético *stricto sensu*, pues, si volvemos al tenor literal del artículo 607. 2, vemos que en su primer inciso se castiga la "difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo"⁴; es decir, se castiga la difusión de ideas o doctrinas en sí misma considerada⁵, sin establecerse nada no solo respecto del carácter instigador de dichas conductas, sino tampoco de su carácter laudatorio respecto del propio delito de genocidio⁶.

Así planteado, el precepto adquiere perfiles altamente conflictivos, pues "si la punición de la provocación al genocidio resulta no sólo comprensible político-criminalmente, sino en cierto modo exigida por lo dispuesto en

³ TAMARIT SUMALLA, J. L., "Comentario al artículo 607", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.), Comentarios al nuevo Código penal, 4ª ed. ed., Pamplona, Thomson – Aranzadi, 2005, p. 2585.

⁴ Esto es, de las conductas conceptuadas como genocidio por el legislador en el artículo 607.1, que reza así:

"Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

- 1) Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.
Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado
- 2) Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.
- 3) Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.
- 4) Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.
- 5) Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2. y 3. de este apartado".

⁵ Vid. VIVES ANTÓN, T. S., "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo" en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 37.

⁶ Razón por la que la denominación como "apología del genocidio" de este precepto es, cuanto menos, una impropiedad.

el artículo 3.3 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 (según el cual deberá ser castigada la “instigación directa y pública a cometer genocidio”), la creación de una suerte de delito de opinión no puede ser aceptada”⁷.

Pero si examinamos la evolución histórica del mencionado delito, veremos que la aparición del actual artículo 607.2 CP fue ciertamente curiosa⁸, en el sentido siguiente: la Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo había introducido en el anterior Código penal el artículo 137 bis b), con el siguiente tenor literal:

“La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo.

La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan 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”.

Como puede observarse, se penalizaba un comportamiento apologético (utilizándose sin problemas el *nomen iuris* de apología), pero sólo en la medida en que pudiese “constituir una incitación directa a cometer delito”.

En este sentido, como comentó en su día BARQUÍN SANZ, el precepto “no tiene mucho que discutir (...) dentro de su ámbito entra toda expresión proferida por una persona que signifique el enaltecimiento del genocidio (...) Pero debe tenerse en cuenta que con lo dicho no basta para integrar el tipo descrito por el artículo 137 bis b), sino que es necesario que, además de ello, se den los requisitos de difusión pública y de aptitud para la provocación”⁹.

⁷ TAMARIT SUMALLA, J. L., “Comentario al artículo 607”, p. 2585.

⁸ No podremos detenernos aquí en los pormenores de la tramitación legislativa que hizo posible la aparición del actual artículo 607. 2. Sobre esta cuestión, vid. CUERDA ARNAU, MA. L., “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales” en *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, pp. 69-73.

⁹ BARQUÍN SANZ, J., “Apología del genocidio” en COBO DEL ROSAL (dir.) / BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVIII, Madrid, EDESA, 1997, p. 377.

Pues bien, tan sólo seis meses después, se promulga el actual Código penal, cuyo artículo 607. 2, como queda claro con una somera lectura, ni utiliza la denominación “apología” ni mucho menos requiere que las conductas en él descritas deban constituir una provocación a la comisión de los delitos enumerados en el art. 607. 1.

De esta suerte, por un lado tenemos una regulación genérica de la apología que la conecta con la provocación (art. 18) y por otro, un delito que no exige tal requisito provocador (art. 607. 2), con lo que las opciones interpretativas se reconducen a los siguientes términos: ¿cabe interpretar que el art. 607. 2 se rige por lo dispuesto en el art. 18 en lo que respecta a la exigencia del elemento provocador? o ¿es el art. 607. 2 una excepción al art. 18 y, por tanto, no es exigible tal elemento? En este último caso, lógicamente, el problema estribaría en cómo realizar una interpretación acorde con la Constitución de un precepto de esas características.

Partidario de la primera opción¹⁰ se muestra, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, quien exige la existencia de una provocación para castigar este tipo de conductas, interpretando conjuntamente el artículo 18 y el 607.2¹¹. Lo mismo opinan CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, para quienes cualquier otra interpretación (vgr. la literal) podría resultar inconstitucional¹².

Sin embargo, existen fundadas razones para descartar esta posible interpretación conjunta de los artículos 18 y 607.2¹³.

En primer lugar la *voluntas legislatoris* ha sido claramente otra, puesto que, como se acaba de señalar, la redacción proveniente de la LO 4/1995 sí incluía el requisito de “constituir una incitación directa a cometer delito”, elemento eliminado en la configuración del delito resultante de la promulgación del Código penal de 1995, como también se eliminó la propia

¹⁰ Es decir, la corriente partidaria de interpretar conjuntamente los artículos 18 y 607.2 y, en consecuencia, exigir que las conductas apologéticas supongan una provocación a cometer el delito de genocidio en cualquiera de las modalidades previstas en el art. 607.1

¹¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 736.

¹² Vid. VIVES ANTÓN, T. S. / CARBONELL MATEU, J. C. / ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAS, J. L. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal. Parte especial.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1071.

¹³ Lo mismo sucede en el caso del delito de “enaltecimiento o justificación del terrorismo” (art. 578CP) introducido por la LO 7/2000.

mención al concepto *apología* en su redacción. Como indica FERNÁNDEZ GARCÍA, “ambas omisiones evidencian el propósito de castigar aquí algo distinto –y más amplio– que la apología del genocidio”¹⁴. De este modo, si el legislador estuvo afortunado a la hora de introducir la exigencia de que la apología suponga una forma de provocación¹⁵, lo cierto es que, como muy gráficamente señala FEJOO SÁNCHEZ, esta excepción contenida en el artículo 607.2 “se le ha colado a última hora por la puerta de atrás”¹⁶.

Pero resulta que, además, el art. 615 castiga, precisamente, la provocación a la comisión de los delitos de genocidio (y con una pena superior a la del art. 607.2)¹⁷, por lo que la interpretación del art. 607. 2 en relación con el art. 18 deviene imposible.

Como señala FEJOO SÁNCHEZ: “En contra de mis deseos, y a pesar de lo loable del intento, no puedo compartir la idea de que en el art. 607. 2 se tipifique un supuesto de “apología del genocidio”, entendiendo la apología en el sentido de la descripción legal del art. 18.1 CP (...). Si se tuviera en cuenta la opinión doctrinal que propone aplicar a este art. 607.2 CP los requisitos contemplados para la apología en el art. 18.1 CP (...) el autor de estas conductas se vería injustificadamente beneficiado desde el punto de vista del Derecho positivo. Por ejemplo, se estaría aplicando un precepto que tiene contemplada una pena de prisión no superior a 2 años (art. 607.2CP) cuando al autor le podría corresponder una pena de prisión de hasta 15 años (números 1º y 2º del art. 607 en relación al art. 615 CP)”¹⁸. Además, por supuesto, se estaría vaciando de contenido el precepto que venimos comentando, lo cual atentaría contra el principio de vigencia¹⁹.

En conclusión, como ha señalado GARCÍA ARÁN, “de esta forma, el comportamiento típico desborda ampliamente el concepto de apología.

¹⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El delito de genocidio”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, MA. R. / SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Madrid, COLEX, 2000, p. 21.

¹⁵ Cuestión en la que, por supuesto, no podremos detenernos aquí.

¹⁶ FEJOO SÁNCHEZ, B., “Los delitos de genocidio en el Derecho penal español (art. 607 CP)”, en ICADE, septiembre-diciembre 1997, p. 123.

¹⁷ Reza así el art. 615 CP: “La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Título, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos”.

¹⁸ FEJOO SÁNCHEZ, “Los delitos de genocidio”, p. 127.

¹⁹ CUERDA ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, p. 91.

Si equivaliera a la apología podría restringirse por la vía del artículo 18 CP, que limita su punición a los casos en que suponga una provocación al delito, en este caso, de genocidio. Pero además de no exigirse la apología de los crímenes²⁰, no tendría sentido considerarlo un caso de apología provocadora porque la provocación al genocidio se sanciona específicamente y con pena inferior en el art. 615 CP²¹.

En suma, existen poderosas razones para negar que sea plausible una interpretación del art. 607.2 en cuanto que forma de provocación al delito²², por lo que parte de la doctrina señala que este precepto no se rige por lo dispuesto en el art. 18 y que, por tanto, resulta preferible acudir a otras soluciones, como la propuesta por FEIJOO SÁNCHEZ en el sentido de realizar una reducción teleológica del alcance del elemento típico "difusión de ideas o doctrinas"²³ o la mantenida por LAURENZO COPELLO en el sentido de configurar el art. 607.2 CP como un delito de peligro abstracto en el que se castigarían conductas que generen un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudiesen motivar actos específicos de discriminación, por lo que exige que, aparte del hecho de negar un determinado genocidio se expongan juicios peyorativos o humillantes respecto de sus víctimas²⁴.

²⁰ Como bien indica la mencionada autora: "nada hay en el tenor legal que obligue a exigir la apología del genocidio. El tipo no exige el enaltecimiento o la alabanza de los crímenes ni de sus autores. Las doctrinas que niegan, por ejemplo, el Holocausto judío, no lo alaban, precisamente porque lo niegan y las que lo justifican por la salvación de intereses superiores, pueden hacerlo sin alabarlo. Igualmente, la rehabilitación de regímenes amparadores de prácticas generadoras de genocidio puede pretenderse con argumentos que no supongan enaltecimiento de los crímenes (...) De esta forma, el comportamiento típico desborda ampliamente el concepto de apología". (GARCÍA ARÁN, M. "Delitos contra la comunidad internacional", en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*. (T. II), Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 2698).

²¹ GARCÍA ARÁN, M. "Delitos contra la comunidad internacional", *ibid.*

²² FERNÁNDEZ GARCÍA aporta otra, en relación con el inciso "nieguen o" del artículo 607. 2: "se hace difícil interpretar, pues, como apología y, por tanto, como incitación directa a cometer un delito, "negar" los hechos genocidas que puedan haberse cometido en el pasado, pues una conducta de este tipo más bien supone que se quiere evitar cualquier relación entre el régimen político que se defiende y los genocidios que se le atribuyen" (FERNÁNDEZ GARCÍA, "El delito de genocidio", p. 21).

²³ FEIJOO SÁNCHEZ, "Los delitos de genocidio", p. 126 y ss.; expresa dicha opinión, igualmente en su "Comentario al artículo 607" en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 1424.

²⁴ LAURENZO COPELLO, P., "Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia" en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, 1996, p. 263. Como

Sea como fuere, lo cierto es que una interpretación “constitucionalizada” de este precepto –por utilizar la plástica expresión de FELJOO SÁNCHEZ²⁵- basada en una reducción teleológica de sus elementos o en un intento por dotar a esta figura delictiva de un bien jurídico constitucionalmente admisible (más allá de inconcreciones como la “paz pública”) no parece del todo exitosa, pues, a fin de cuentas, como indica CUERDA ARNAU, “los loables intentos doctrinales dirigidos a restringir su ámbito de aplicación no alcanzan su objetivo porque, de un lado, el tenor literal de la ley no excluye interpretaciones más amplias y, de otro, acaban convirtiendo el precepto en un tipo superfluo, contraviniendo manifiestamente –aunque esto sea lo de menos- la voluntad del legislador”²⁶.

Desde luego, el artículo 607. 2 suscita otras cuestiones problemáticas, como ha acertado a expresar MUÑOZ CONDE, quien, por una parte, alerta del problema de que “no siempre los hechos históricos que algunos califican de genocidio son considerados también como tal por otros”²⁷ y, por otra, se pregunta “¿Hasta qué época histórica alcanza considerar como apología la difusión de las ideas de los regímenes políticos que hace años cometieron hechos que pueden hoy considerarse de genocidios conforme al artículo 607.1?”²⁸, pero, más allá de esas cuestiones, el verdadero punto de conflicto está en la colisión entre este delito y la propia Constitución.

Tal es la postura absolutamente mayoritaria en la doctrina, concluyendo que el art. 607.2 CP es inconstitucional²⁹. Contundente se

veremos, la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 mantiene una línea argumentativa muy similar a la de esta autora.

²⁵ FELJOO SÁNCHEZ, “Los delitos de genocidio”, p. 127.

²⁶ CUERDA ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, p. 114.

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 736. Así, por ejemplo, podríamos mencionar el caso del conflicto entre Israel y Palestina, en el que se discute tanto el carácter genocida de la política israelí como el carácter terrorista de los grupos armados palestinos.

²⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., p. 737. Piénsese, por ejemplo, en conductas de negación del genocidio indígena por parte de los españoles o en el genocidio armenio por parte de Turquía a principios del siglo XX, el cual ha provocado algún que otro incidente diplomático en los últimos tiempos.

²⁹ Por supuesto, hay voces discordantes: GÓMEZ NAVAJAS, p. ej., mantiene que el art. 607. 2 no es en absoluto inconstitucional. Esta autora señala que “discursos que alientan y justifican comportamientos genocidas o defienden la superioridad de una raza sobre las demás, pongamos por caso, no suponen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, en tanto en

muestra en este sentido CUERDA ARNAU, quien señala que "a su amparo es posible castigar conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión, vicio que afecta al núcleo central del tipo y (...) debe llevar a nuestros tribunales a suscitar, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad"³⁰.

Aquí mantendremos, en principio, y sin perjuicio de lo que se concluirá respecto de la sentencia del TC que centra estas páginas, exactamente la misma postura que los autores críticos con el precepto comentado que hemos visto en este breve repaso por la doctrina: la configuración que el legislador dio en su día al art. 607.2 CP es inconstitucional, por suponer una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión.

En efecto, más allá de lo que haya de decirse en el comentario crítico a la mencionada sentencia, el mero hecho de que el precepto no exija que las conductas descritas en él supongan una provocación *directa* a la comisión de un delito implica *per se* y necesariamente una restricción ilegítima de derechos fundamentales.

En este sentido, hacemos nuestros los argumentos esgrimidos por la doctrina crítica. Observemos ahora si nuestros tribunales están en la misma línea.

c. La Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998

No lo vio así la sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998³¹; sentencia que versa acerca del célebre caso de la "Librería Europa" de esa misma ciudad.

En dicha librería, el acusado –y a la postre condenado– vendía ingentes cantidades³² de material relacionado con lo que se ha denominado

cuanto puedan lesionar la dignidad o fomentar la discriminación de determinados colectivos (...). Una sacralización de la libertad de expresión puede tener un coste muy alto, amén de resultar improcedente, dado que no hay derechos absolutos, por muy *fundamentales* que estos sean". Vid. GÓMEZ NAVAJAS, J., "Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)" en *La Ley*, nº 3, 1999, p. 1848.

³⁰ CUERDA ARNAU, "El denominado delito de apología del genocidio", p. 116.

³¹ LA LEY, 1988, ref. 9988.

³² Cerca de 21.000 libros, aparte de material fílmico.

negacionismo, es decir, material en el que se niega la existencia del genocidio judío por parte del régimen nacional-socialista alemán durante la II Guerra Mundial³³.

En la sentencia³⁴, el magistrado considera que esta conducta integra dos tipos distintos³⁵: el del artículo 607. 2 y el de provocación a la discriminación y al odio racial del artículo 510. 1³⁶.

Dejaremos a un lado el segundo de los delitos por los que se condenó al acusado³⁷ y nos centraremos en la argumentación de la sentencia respecto del delito de apología del genocidio.

En primer lugar, el magistrado no aprecia colisión entre la aparición de este precepto y el principio de intervención mínima. Así, el juzgador señala que “ciertamente, ello [la punición de la apología del genocidio] significa un adelantamiento de la barrera punitiva del derecho penal, pero

³³ A efectos puramente ilustrativos, la sentencia reseña, entre otros materiales a la venta.

- Libro “¿Murieron realmente seis millones?” en el que se niega tal cifra de judíos muertos en la II Guerra Mundial.
- “Informe Leuchter, el fin de una mentira: cámaras de gas y holocausto judío”, en el que se señala: “Dedicamos a Adolf Hitler la edición en castellano y la publicación en Chile de este informe, que destruye para siempre la infame mentira del holocausto judío” (...) “Nunca hubo cámaras de gas ni holocausto” (...) “La misma naturaleza judía edifica su existencia sobre la mentira, el plagio, la falsificación, desde los más remotos tiempos. Lo predicán sus libros, como el Talmud. Por ello, Alfred Rosemberg declaró: "la verdad del judío es la mentira orgánica. Mentira el holocausto, mentira las cámaras de gas; mentira los jabones hechos con grasa de judío; mentira los crímenes de guerra nazis; mentira el diario de Anna Frank. Todo mentira; mentiras genéticamente montadas por una antirraza que no puede decir la verdad porque se destruiría, porque su alimento y su aire, su sangre es la mentira".
- Video “El judío errante”, en la que se compara a los judíos con las ratas, propagadoras de enfermedades por todo el mundo, y a las que hay que exterminar sin contemplaciones.

³⁴ Por cierto, fundamentada hasta en el más mínimo detalle, siendo indudable el mérito del magistrado (Sr. Vidal i Marsal) que la dictó el haber entrado tan a fondo en una cuestión conflictiva y sin precedentes jurisprudenciales.

³⁵ Ambos en delito continuado (artículo 74 CP).

³⁶ “Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

³⁷ Este precepto plantea sus propias cuestiones problemáticas y tanto analizar éstas como la discutible posibilidad de apreciar un concurso real de delitos entre el art. 510 y el art. 607.2 nos llevaría demasiado lejos.

aunque "prima facie" así pudiera parecer, tal marco protector no resulta incompatible con el principio de intervención mínima que debe presidir este campo del derecho, ya que las demás ramas jurídicas se han mostrado insuficientes para lograr el debido amparo a los importantes bienes jurídicos que tutela" (Fto. Jco VI).

Una vez sentado esto, el magistrado se adhiere a la posición doctrinal que excluye la interpretación conjunta del artículo 607. 2 con el artículo 18.

En este sentido, en el Fundamento Jurídico VI de la mencionada sentencia se explicita que "no nos hallamos ante un supuesto típico de apología, pues en el actual Código dicha forma de ejecución aparece residenciada en el ámbito de la provocación delictiva descrita en el art. 18 en relación con el 615. Se trata más bien de un tipo penal autónomo, cuya razón de ser radica en una legítima y necesaria voluntad legislativa de prevención, a fin de evitar un resultado gravísimo, tal como ya recogía el art. 3.3 del Convenio para la prevención y sanción del delito de Genocidio, firmado en el ámbito de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. No se castiga la difusión de ideas o doctrinas como método genérico, y por tanto espúreo, de cercenar la libertad ideológica, sino sólo cuando concurre un concreto y evidente riesgo de generar actos que conculquen de forma grave derechos fundamentales de una pluralidad de ciudadanos (...).

La incitación implícita en el art. 607.2 ya no requiere por tanto, aquel carácter de estar directamente encaminada a delinquir, pues cumple igualmente los requisitos del tipo toda negación o justificación de las conductas genocidas, que constituya un claro ataque a la dignidad humana del grupo social o étnico perseguido".

De este modo, el magistrado excluye totalmente la necesidad de un elemento provocador para la aplicación del artículo 607. 2, de modo que éste "debe calificarse de delito de peligro abstracto, puesto que se trata de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad que, en sí mismo y de forma inmediata, podría concretarse en actos específicos de violencia o discriminación ejecutados por terceros, destinatarios de dicho mensaje, resultando taxativamente prohibidos por la ley. Como todo delito de riesgo, lleva implícito el elemento objetivo de peligrosidad e idoneidad, ya que su contenido deviene apto y eficaz para crear en otros la citada actitud hostil generadora de atentados específicos a la vida, la salud, la dignidad o la integridad física y/o moral de los demás" (Fto. Jco. VI).

En este sentido, en el caso juzgado, la condena al acusado se produjo en la medida en que existía en su conducta una aptitud para provocar una actitud hostil frente a determinados grupos sociales o étnicos. Esta circunstancia es la que justificaría la intervención penal, aunque ésta interfiera en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Como señala la sentencia: “procede ratificar el rechazo de la tesis planteada por la defensa del acusado, en orden a la hipotética inconstitucionalidad de los arts. 510 y 607, dado que, interpretados a la luz de los anteriores criterios jurisprudenciales y de Derecho internacional, ninguna duda le asalta al juzgador sobre su plena concordancia con nuestro texto constitucional, aun cuando, efectivamente, la punición de las conductas en ellos descritas, constituyen una limitación legítima, necesaria, razonada y coherente del derecho a la libertad de expresión, que como ya se ha dicho y seguramente no es superfluo repetir, no es ni puede ser ilimitado cuando afecta a derechos ajenos merecedores también de tutela y amparo judicial.

En el difícil equilibrio del sistema democrático de derechos y deberes no vale todo. Esa es su grandeza pero también su debilidad. De ahí que sea imprescindible acotar los límites de todos y cada uno de los derechos que las leyes reconocen y tutelan, pues no hacerlo así, significaría convertirlos en absolutos, y precisamente por ello, en inevitablemente ilegítimos. El respeto a los derechos humanos está, y debe seguir estando, por encima de cualquier otro derecho individual, incluido el de libertad de expresión, cuyo ámbito de desarrollo jamás puede atentar a los primeros” (Fto. Jco. V).

En resumen, la sentencia argumenta la constitucionalidad del art. 607. 2 sobre la base del carácter limitado de los derechos fundamentales, los tratados internacionales firmados por España y la potencialidad lesiva que presenta la conducta, concretada en la generación de “un clima de violencia y hostilidad que, en sí mismo y de forma inmediata, podría concretarse en actos específicos de violencia o discriminación ejecutados por terceros” y condena al acusado a dos años de prisión.

Cabría oponer muy brevemente a estas conclusiones (sin perjuicio de la argumentación contraria que sostiene –como veremos en el próximo apartado- la Sentencia del TC de 7 de noviembre de 2007) lo siguiente:

En primer lugar, los derechos fundamentales, en efecto, son limitados, pero no toda limitación es constitucionalmente legítima. Sobre esto no añadiremos más, pues la mencionada STC se encargará de desarrollar esta cuestión.

En segundo lugar, los instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra la discriminación y el delito de genocidio no van tan lejos como el art. 607.2 CP. Así, por ejemplo, el artículo 3. c) del Convenio para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1.948, citado en la propia sentencia de instancia, se limita a castigar "la instigación directa y pública a cometer genocidio", conducta a todas luces más restrictiva que la penada en el art. 607.2 CP.

Distinto es, ciertamente, el planteamiento de la más reciente Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, acordada en la Sesión número 2794 de dicho organismo, celebrada en Luxemburgo los días 19 y 20 de abril de 2007.

Dicho texto establece que "se penarán en todos los Estados miembros de la UE³⁸ las siguientes conductas internacionales:

1. *La incitación pública a la violencia o al odio*, incluso mediante la difusión o reparto de folletos, imágenes u otros materiales, dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico³⁹.

2. *La apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra* tal como se definen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) dirigido contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

Los crímenes definidos por el Tribunal de Nuremberg (artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Acuerdo de Londres de 1945) dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico⁴⁰.

Como puede observarse, la Decisión Marco va más allá de lo previsto en el Convenio para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, pues incluye también la apología *stricto sensu* –es

³⁸ Más adelante señalará la Decisión Marco que dichas conductas habrán de ser castigadas con "una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo".

³⁹ Curiosamente, la Decisión Marco excluye expresamente de su ámbito los delitos cometidos por regímenes totalitarios, a pesar de que "el Consejo lamenta todos esos delitos".

⁴⁰ Destacado mío.

decir, la apología que no consiste en una forma de provocación⁴¹- y, en lo que nos interesa, la negación o, incluso, la *trivialización flagrante* de los crímenes de genocidio.

Si ya resulta conflictivo penar el llamado “negacionismo” (como venimos afirmando a lo largo de estas páginas), la referencia a la trivialización supone un paso más en el afán punitivo respecto de este tipo de conductas. Un paso que, en la línea mantenida en estas páginas, resulta totalmente inaceptable.

En efecto, si el mero hecho de negar la existencia de un determinado genocidio parece no revestir la lesividad necesaria para poder ser un comportamiento perseguido penalmente, castigar el hecho de –habiendo reconocido previamente su existencia- restarle importancia a un genocidio o de minimizar los efectos que éste haya podido tener, resulta a todas luces un exceso.

Quizá esta sensación de haber ido demasiado lejos es la que ha motivado que la propia Decisión Marco indique (y esto es fundamental) que “los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que, o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público, o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes”.

Así las cosas, si bien la Decisión Marco de abril de 2007 propone castigar un amplio número de conductas relacionadas con la provocación al genocidio, la apología de dicho delito, el *negacionismo* o, incluso, la mera trivialización, la ulterior referencia a la posibilidad de vincular dicha punición al requisito de que la conducta sea lesiva del orden público o que pueda afectar a otros bienes jurídicos (la libertad, el honor, etc.) atempera el desmedido afán punitivo del mencionado instrumento normativo.

Pero, aun así, sus contornos son en exceso amplios y, de nuevo, parece que el Consejo fue consciente de ello, pues inmediatamente señala que “la Decisión marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la UE. Los Estados miembros no deberán modificar sus normas constitucionales y principios fundamentales relativos a las libertades de asociación, de prensa y de expresión”.

⁴¹ Que, lógicamente, se vería incluida en el primer apartado, bajo la forma “incitación pública a la violencia o al odio”.

Sin embargo, no es tarea fácil respetar la libertad de expresión y, a un tiempo, castigar las referidas conductas, ni siquiera con la referencia al orden público o a la potencialidad lesiva respecto de bienes jurídicos individuales, como pondrá de manifiesto la Sentencia del TC a la que, sin más dilación, haremos referencia seguidamente.

D. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007

La Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 antes examinada fue recurrida en apelación y la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona decidió, a través de un Auto de 14 de septiembre de 2000, presentar cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

Concretamente, como relata la STC de 14 de noviembre de 2007 que centra estas páginas, la duda de constitucionalidad que se le suscitó a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona es la compatibilidad del mencionado artículo 607.2 CP y el artículo 20.1 de la Constitución, en la medida en que, a su juicio, "el art. 607.2 CP constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que de la apología del delito ofrece el art. 18 CP ni, en consecuencia, sanciona la apología de los delitos de genocidio ni tampoco la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código Penal (arts. 510, 515, 5º, 519 y 615 CP).

La conducta sancionada por el art. 607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, conducta que coincide con la que dio lugar a la condena en instancia del Sr. Varela Geis por tener una librería especializada en la venta de determinados libros y demás medios de difusión de ideas e información relativos a la negación y justificación del genocidio judío por el régimen nacional-socialista durante la Segunda Guerra Mundial.

Definida en estos términos la conducta tipificada en el art. 607.2 CP, el órgano judicial proponente considera que resulta evidente el conflicto entre esta norma penal, que sanciona la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, y el derecho a la libertad de expresión

constitucionalmente consagrado. Si bien reconoce que, ciertamente, el legislador puede elegir el bien jurídico que estima necesitado de protección penal, opina que en este caso el subyacente al mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un “clima favorecedor de conductas discriminatorias” ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales.

Así concretado, la Sala considera que el mencionado bien jurídico no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión⁴².

Así pues, la argumentación de la Sala recurrente es la siguiente: la existencia de un precepto como el art. 607.2 del Código penal, que castiga, como hemos visto, la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, parece vulnerar el ámbito de la libertad de expresión constitucionalmente protegido en el artículo 20 de la Norma Fundamental. Asimismo, el mencionado precepto parece no tener en su base un bien jurídico verdaderamente merecedor de tutela penal, más allá de las vaguedades de una definición del tipo “favorecimiento de un clima de hostilidad” o similar.

Tras dejar sentado el TC –reiterando en este punto su consolidada doctrina- en primer término, que los derechos garantizados por el art. 20.1 CE no son solo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores del sistema político democrático⁴³ y, en segundo término, que, no obstante lo anterior, ni

⁴² STC de 14 de noviembre de 2007, Antecedente de hecho número 3.

⁴³ “El art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”. (STC 159/1986, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 6).

este derecho, ni ningún otro, puede tener carácter ilimitado⁴⁴, el Tribunal adelanta en cierto modo su resolución final al señalar lo siguiente:

“Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución.

La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas.

Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por la libertades científica [art. 20.1. b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código Penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional⁴⁵.

⁴⁴ A este respecto, señala la STC de 14 de noviembre de 2007 que “de esta manera, el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos (STC 43/2004, de 23 de marzo), encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. Como dijimos en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8, “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”.

⁴⁵ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 6.

Como podemos observar, el TC (o por lo menos la mayoría de sus miembros⁴⁶) no tiene dudas acerca de la invasión que el tenor literal del art. 607.2 CP supone respecto del contenido esencial de los derechos contemplados en el art. 20 de la Constitución. De hecho, pone de manifiesto que el mencionado precepto del Código penal ya no es que limite un derecho fundamental constitucionalmente recogido, sino que, directamente, su ámbito de punición coincide en parte con el propio contenido esencial del derecho.

La conclusión, en este sentido, es plenamente coherente: “Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (SSTC 105/1990, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”⁴⁷.

Esto sentado, es decir, habiendo concluido el TC que la colisión entre el art. 607.2 del Código penal y el artículo 20 de la Constitución es frontal, se plantea la cuestión de si es o no posible realizar una interpretación “constitucionalizada” del precepto penal, en la medida en que “en virtud del principio de conservación de la ley solo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”⁴⁸.

⁴⁶ Conviene tener en cuenta que la Sentencia objeto de este trabajo contiene cuatro votos particulares, a los que más adelante se hará referencia.

⁴⁷ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 6.

⁴⁸ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7.

Como advertimos, el camino de realizar una interpretación conforme a la Constitución del art. 607.2 del Código penal había sido ya transitado por la doctrina, con práctica unanimidad a la hora de considerar dicha interpretación imposible, dado lo inequívoco del tenor literal de dicho delito.

Veamos si el TC ha tenido más éxito a la hora de encontrar una interpretación constitucionalmente admisible del precepto.

Aquí, el Tribunal opta por una bifurcación de su argumentación, realizando una distinción –a la postre, como veremos, decisiva- entre el inciso referido a la “negación” del genocidio y el inciso que alude a la “justificación” de prácticas genocidas.

En efecto, el Tribunal entra en el núcleo de la cuestión señalando lo siguiente:

“Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores”⁴⁹.

Delimitada así la diferencia entre ambas conductas (negar / justificar), la piedra de toque constitucional –por así decirlo- vendrá dada por el hecho

⁴⁹ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7. Cabría hacer una precisión a lo mencionado en la sentencia: la referencia a la “negación de la antijuricidad” no resulta, a mi juicio, del todo acertada. En efecto, la justificación, en la tercera de las acepciones de la palabra que ofrece el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua es “la conformidad con lo justo”, pero no debe olvidarse que antijurídico es lo contrario a Derecho y no a “lo justo”. Es decir, cuando se justifica un genocidio no se está negando su antijuricidad (que no es algo sujeto a discusión, al tratarse de una valoración que realiza un determinado ordenamiento jurídico y no una apreciación subjetiva de un sujeto dado) sino, a lo sumo, su inmoralidad. Por otra parte, no conviene obviar que, como se insistirá más adelante, puede existir un genocidio no antijurídico *stricto sensu* en el sentido de haber contado con una cobertura jurídico-formal (el caso del Holocausto judío podría ser paradigmático en este sentido). Sobre esta cuestión, vid. p. ej., MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

de que aquéllas impliquen “necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”; de ser así, “el precepto resultaría conforme a la Constitución”⁵⁰.

Nuevamente, con carácter previo a lo que más adelante se dirá, quisiera llamar la atención sobre el inciso “incitación directa”, puesto que, como veremos, la argumentación de la STC oscila entre el requerimiento de una incitación directa y la postulación de que es suficiente con una incitación indirecta.

Sea como fuere, lo cierto es que, acto seguido, el TC atiende al argumento sistemático respecto del artículo 607.2 CP que –como indicamos antes- ya había sido señalado por la doctrina⁵¹, poniendo de relieve que “el legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada”⁵².

Dicho esto, el TC inicia su control de constitucionalidad preguntándose si las conductas previstas en el art. 607.2 CP pueden ser consideradas una modalidad del discurso del odio, “definido -en la ya citada STEDH Ergogdu & Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999- como aquel que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias”⁵³.

En el caso del negacionismo, la conclusión del TC es contundente: no puede concluirse que dicha conducta sea una modalidad del discurso del odio, en tanto en cuanto, “la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre

⁵⁰ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7. Destacado en cursiva mío.

⁵¹ *Ad exemplum*, FEIJOO SÁNCHEZ, “Los delitos de genocidio”, p. 127.

⁵² STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7.

⁵³ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8. De nuevo, obsérvese que la sentencia citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace referencia a una incitación *directa*.

los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE"⁵⁴.

Llegamos, de este modo, a la declaración de inconstitucionalidad del mencionado inciso –“nieguen”- del art. 607.2:

“La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane.

Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal- puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo.

En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado.

Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)"⁵⁵.

⁵⁴ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8.

⁵⁵ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8.

Como se puede apreciar, la declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo –presentada esquemáticamente- es corolario de la siguiente argumentación:

El Ministerio Fiscal (en este caso, el Fiscal General del Estado) había mantenido durante este proceso que el art. 607.2 lo que castiga, en realidad, son “aquellas conductas que no sólo se limitaran a la mera difusión de ideas u opiniones sobre los fenómenos genocidas, sino que, inspirándose en un ánimo tendencial y al hilo de esa difusión, trataran de generar un estado de opinión en la población favorable al genocidio, que fuera llevado a cabo de forma planificada, sistematizada u organizada.

Se trataría pues, con el precepto, no ya de reputar como delito la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino 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”⁵⁶.

Frente a esta opinión, la STC opone el hecho de que la negación del genocidio no puede considerarse, de por sí, como una conducta encaminada a “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” –como indicó, asimismo, el Ministerio Fiscal⁵⁷-. Pero, además, aunque así fuese, señala (digámoslo ya, con mucho acierto) el Tribunal, no necesariamente toda negación está en condiciones de conseguirlo. Y, por último, aunque sí tuviese esa capacidad lesiva, habría que examinar si el riesgo que ésta genera superaría un juicio de proporcionalidad respecto del recorte en la esfera de libertades de los ciudadanos que supone su criminalización.

Además, cerrando coherentemente su argumentación, el TC desecha proponer una interpretación alternativa del art. 607.2 en la que se considere integrado en dicho precepto el elemento incitador a una actitud hostil hacia un determinado colectivo, en la medida en que, de un lado, el tenor literal nada dice al respecto y, de otro, resulta más que forzado admitir una restricción interpretativa de semejante calado⁵⁸.

⁵⁶ STC de 14 de noviembre de 2007, Antecedentes 8.

⁵⁷ STC de 14 de noviembre de 2007, Antecedentes 8.

⁵⁸ Efectivamente, como señalaba el TC, “forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de

En suma, no existen suficientes razones de peligrosidad y lesividad para justificar la intervención punitiva, y, por tanto, se declara la inconstitucionalidad del inciso “nieguen” del art. 607. 2 CP.

Pero si ésta es la opinión del TC respecto del mencionado inciso, otra suerte habrá de correr el inciso siguiente “...o justifiquen”. Pasemos, seguidamente, a examinar su argumentación:

“Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio”⁵⁹.

De este modo, la primera de las diferencias entre los dos incisos sería que el elemento tendencial de “perseguir 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” estaría, de algún modo, implícito en la conducta típica de “justificar” dicho delito.

Esto sentado como premisa, señala la STC que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio”⁶⁰.

Como antes se mencionó, obsérvese que ahora la sentencia no hace mención a una provocación directa, sino indirecta. Por supuesto, el Tribunal es consciente de que desde las mismas premisas argumentativas desde las que fundamentó la declaración de inconstitucionalidad de la primera conducta descrita en el art. 607. 2 podría llegar a idéntica conclusión res-

esta jurisdicción”. Recuérdese, igualmente, lo expresado por CUERDA ARNAU en el sentido de que “los loables intentos doctrinales dirigidos a restringir su ámbito de aplicación no alcanzan su objetivo porque, de un lado, el tenor literal de la ley no excluye interpretaciones más amplias y, de otro, acaban convirtiendo el precepto en un tipo superfluo, contraviniendo manifiestamente –aunque esto sea lo de menos- la voluntad del legislador” (CUERDA ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, p. 114).

⁵⁹ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

⁶⁰ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

pecto del inciso “o justifiquen”. Por ello, se cuida mucho de indicar, acto seguido, que “el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE”.

Sin embargo, lo cierto es que no resulta tan fácil distinguir entre ambos aspectos, es decir, entre la “justificación” de un genocidio y la “adhesión” a una posición política que de algún modo propugne prácticas genocidas. Esa “conexión” entre el art. 16 y el art. 20 de la Constitución parece lo suficientemente fuerte como para rechazar la incriminación de una conducta que toca –de un modo, según parece, más que tangencial- un aspecto tan sensible del ordenamiento constitucional (en suma, de los derechos y libertades fundamentales).

En un momento posterior de la sentencia que venimos comentando, el TC proporciona unas pautas interpretativas al respecto, señalando que para la tipificación como delito de la justificación del genocidio será preciso, en primer lugar, que la difusión pública de dicha justificación “entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes” cuya especial trascendencia sirva de fundamento a la intervención penal.

“Así sucede, en primer lugar” –indica la sentencia- “cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio –en las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población- cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales.

Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal”⁶¹.

Desde esta perspectiva, llegamos –como el lector habrá supuesto- a la siguiente conclusión: “De ese modo, 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, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP).

Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución”⁶².

Por último, la sentencia indica cuál debe ser, a su juicio, la relación normativa entre el art. 607.2, el 615 y el 510 (dado que, como se ha indicado antes, suscita más de una duda). Señala el TC a este respecto que “esta interpretación constitucionalmente conforme del art. 607.2 CP en absoluto desvirtúa la voluntad del legislador de sancionar de determinado modo la provocación directa al delito de genocidio (art. 615 CP), en la medida en que dota al precepto de un ámbito punible propio, que supone en su caso una modalidad específica de incitación al delito que merece por ello una penalidad diferenciada, adaptada, según el criterio del legislador, a

⁶¹ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

⁶² STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

la gravedad de dicha conducta conforme a parámetros de proporcionalidad.

Otro tanto cabe decir de la posible concurrencia normativa del art. 510 CP, que castiga con una pena diferente a la del art. 607.2 CP la conducta, asimismo diferenciable, que define como de “provocación” y la refiere “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”⁶³.

En este sentido, “la referida interpretación del art. 607.2 CP conforme a la Constitución 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”⁶⁴.

El fallo de la sentencia, en conclusión, es el siguiente:

1º. Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso art. 607.2 del Código Penal.

2º. Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del art. 607.2 del Código Penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia.

3º. Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás”.

E. Comentario crítico

La STC, cuyo contenido acabamos de extraer, cuenta con cuatro votos particulares (de los magistrados García-Calvo y Montiel⁶⁵, Rodríguez-Zapata

⁶³ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

⁶⁴ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

⁶⁵ Quien indica que “no podemos desautorizar constitucionalmente el Principio de configuración legal ni el de intervención mínima propio del Derecho Penal con benevolentes, artificiosas y teóricas prevenciones que, en lugar de consolidar dichos derechos, lo que hacen es debilitar la salvaguarda de aquéllos”.

Pérez⁶⁶, Rodríguez Arribas⁶⁷ y Sala Sánchez⁶⁸) en los que dichos magistrados expresan su desacuerdo con la declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo”.

⁶⁶ Quien, entre otros argumentos, pone de relieve que otorgar un puesto de excepción a la libertad de expresión es un elemento configurador del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, pero no de nuestra cultura jurídica, en la que, dados los acontecimientos de la IIª Guerra Mundial, ese puesto de privilegio corresponde a la dignidad.

⁶⁷ Quien señala que “no se trata de favorecer la fórmula de una “democracia militante” pero sí de impedir la conversión de las instituciones que garantizan la libertad en una “democracia ingenua” que llevara aquel supremo valor de la convivencia hasta el extremo de permitir la actuación impune de quienes pretenden secuestrarla o destruirla”.

⁶⁸ Quizá este voto particular sea el más elaborado e interesante de los cuatro. No podemos, lógicamente, detenernos aquí en su análisis, pero no podemos dejar de reseñar su argumentación acerca del “elemento tendencial” que la sentencia encuentra en la conducta de justificar el genocidio (no así, como vimos, en la de negarlo).

Señala el magistrado Sala, en este sentido: “La exigencia de un elemento tendencial en el tipo definido en el antecitado artículo 607.2 CP, que la Sentencia de que discrepo considera comprendido en la conducta consistente en la difusión de ideas o doctrinas que “justifiquen” un delito de genocidio (FJ.9) y que sin embargo no admite en aquéllas que lo nieguen, elemento este que la Sentencia de la que disiento (FJ. 8, último párrafo) concreta en que la difusión de ideas o doctrinas -opiniones las llama- “fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”, resulta -dicho sea con todo respeto- en sí misma contradictoria, habida cuenta que la figura delictiva las identifica cuando coloca en la misma posición la negación y la justificación, conductas a las que simplemente separa por la disyuntiva “o”.

Quiere indicarse con esto que si “justificación”, como dice la Sentencia aprobada, equivale a “incitación indirecta” a la comisión de delitos de genocidio, de tal forma que así se produciría, “en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración” o cuando, en segundo lugar, “con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (FJ.9), no se comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la “negación”.

Y es que lo que el precepto cuestionado castiga en las dos conductas -no se olvide, legislativamente equiparadas- no es la simple “negación” en abstracto o la “justificación” consistente en “la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas” (FJ.9), sino esas mismas “negación” o “justificación” en cuanto signifiquen, como acaba de decirse, la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión”.

Por otra parte, el magistrado discrepante recalca que “el artículo 607.2 CP hace relación solamente, como se ha repetido, a la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen no los hechos sustentadores de las formas comisivas del ap.1, sino “los delitos tipificados” en dicho apartado, delitos estos que no pueden cometerse sin el “propósito” previo anteriormente destacado”.

Aquí, en cambio, la posición que mantendremos es la completamente opuesta: si a los magistrados discrepantes les resulta excesiva la declaración de inconstitucionalidad, a mi juicio, la sentencia se ha quedado –por así expresarlo- corta, en el sentido de que debería haber declarado igualmente la inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 607.2.

En efecto, la argumentación respecto del negacionismo, aun pudiendo haber adoptado otros puntos de vista y haber sido algo más contundente, en líneas generales parece fácilmente compartible. En la medida en que aquí hemos acogido la posición crítica manifestada por la doctrina respecto del mencionado precepto, la declaración de su inconstitucionalidad (en lo que al “negacionismo” respecta) nos parece oportuna, al tratarse de un delito que excedía claramente los límites que todo legislador debe respetar dentro del marco constitucional⁶⁹.

En cambio, los argumentos esgrimidos para salvar la constitucionalidad del segundo inciso no resultan del todo convincentes. En efecto, recordemos que el propio TC entraba en materia indicando que “el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”⁷⁰.

Hasta aquí, nada que objetar. La cuestión se complica –como se indicó antes- cuando, un poco más adelante, el mismo Tribunal señala que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”⁷¹.

De este modo, la argumentación del TC se vuelve de algún modo autocontradictoria, al hablar ahora sólo de una incitación indirecta y no

⁶⁹ Recientemente ha llegado la noticia de que Le Pen, el líder de ultraderecha francés, ha sido condenado por afirmar que la ocupación nazi de Francia “no fue particularmente inhumana”. En mi opinión, que a un ciudadano pueda serle impuesta una pena por hacer una afirmación semejante es inadmisibles (al igual que la ideología que propugna el mencionado político, dicho sea de paso).

⁷⁰ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7.

⁷¹ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

de una directa. Consciente de ello, la sentencia apela a expedientes de excepcionalidad. Roto el vínculo del art. 607. 2 con el art. 18, en el sentido de la provocación directa, lo cierto es que, por fuerza, el precepto entra en una -por así decirlo- "zona de penumbra" constitucional de la que es muy difícil salir.

En este supuesto, el razonamiento del TC es el habitual en los supuestos de delitos que -como en el caso paradigmático del terrorismo- son considerados tan peligrosos que tendrían la capacidad de dinamitar la configuración social o política del Estado (en suma, de poner en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como indica la sentencia).

Por esta razón, por ser especialmente peligroso (y odioso, como lo adjetiva el TC) el delito de genocidio, se permite, excepcionalmente, que se adelante hasta el extremo la barrera punitiva. Es decir, las limitaciones al legislador propias de la "democracia ingenua"⁷² no son aplicables cuando el adversario es de este calado. Utilizo el término adversario, ciertamente, por no utilizar el de enemigo, término que -como es sabido- ha adquirido una connotación especial en el ámbito jurídico-penal y que, quizá, podría ser aplicado al caso⁷³. Así lo hace GONZÁLEZ CUSSAC, quien entronca la cuestión de la punición de estas formas de apología o negacionismo con el Derecho penal del enemigo, indicando lo siguiente: "de singular importancia son los preceptos que en nuestras legislaciones configuran un extenso concepto de la apología del terrorismo o de la negación del Holocausto. Cabe entonces preguntarse si, de acuerdo con las tesis del Derecho penal del enemigo, los enemigos gozan de libertad de expresión o qué grado de restricción a la misma sufrirán. Pero, es más, la duda se extiende hasta alcanzar a los ciudadanos, pues no se sabe si éstos tendrían derecho a defender públicamente a los enemigos o incluso a defender que no sean tratados como tales"⁷⁴.

⁷² Por utilizar la expresión del magistrado Rodríguez Arribas.

⁷³ A estas alturas, se ha escrito ya hasta en exceso sobre la cuestión. Me limito a remitir al lector a los dos volúmenes de CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ-JARA Díez, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, EDISOFER, 2006, que constituyen prácticamente una enciclopedia sobre el Derecho penal del enemigo.

⁷⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "El renacimiento del pensamiento autoritario en el Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo" en GAMBERINI, A. / ORLANDI, R. (coords.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Ronduzzi editore, 2007, pp. 215-216.

En un sentido muy similar, indica CUERDA ARNAU irónicamente que “al legislador sólo le faltó añadir que la norma que prohíbe la llamada apología del genocidio impone también la obligación de censurar tal conducta”⁷⁵.

De todos modos, sea o no una muestra de Derecho penal del enemigo⁷⁶, lo cierto es que, desde la óptica adoptada por el TC (es decir, la de considerar el delito de genocidio como un delito particularmente peligroso y que, por tanto, justifica la adopción de medidas legales excepcionales), cobra perfecto sentido que hable la sentencia de una “proporcionada intervención del Estado”⁷⁷. En efecto, ¿cómo no habría de serlo, tratándose de un delito que castiga “acciones que el legislador ha valorado como causas de impulso directísimo a la perpetración de graves delitos que dañan a los intereses más esenciales de la convivencia humana”⁷⁸?

El recurso a la punición de la incitación indirecta a la comisión de este delito vendría justificada, por consiguiente, en cuanto que su finalidad es “una finalidad protectora general de la sociedad, de manera que no cabe ver en las minorías étnicas las únicas víctimas potenciales de los indicados delitos, sino también en las mayorías o, más exactamente, en la sociedad en su conjunto”⁷⁹.

La apelación a este tipo de argumentos es ya un tópico a la hora de justificar una relajación de las garantías penales. Lo mismo sucede con el terrorismo, por ejemplo, y la pregunta que siempre cabe hacerse es si, verdaderamente, se trata de conductas que puedan poner en peligro a la sociedad en su conjunto.

En el caso del terrorismo, la respuesta creo que debe ser absolutamente negativa. Y en el caso del genocidio, se da una circunstancia bastante

⁷⁵ CUERDA ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, p. 77.

⁷⁶ Cuestión en la que no entraremos aquí, para no caer nuevamente en la eterna discusión sobre esa categoría y su legitimidad.

⁷⁷ Recordemos que la sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 señalaba, entre otras cosas, que “la punición de las conductas en ellos descritas [en los arts. 510 y 607], constituyen una limitación legítima, necesaria, razonada y coherente del derecho a la libertad de expresión”.

⁷⁸ Así las calificó la Abogacía del Estado en sus alegaciones durante el proceso (STC de 14 de noviembre de 2007, Antecedentes 7).

⁷⁹ De nuevo, se trata de un extracto de las alegaciones del Abogado del Estado (STC de 14 de noviembre de 2007, Antecedentes 7).

peculiar: excepto en casos de invasiones militares, resulta difícil imaginar hipótesis de genocidio en las que no se cuente –de un modo u otro- con un amplio respaldo social. En efecto, la “destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso”⁸⁰ no parece factible sin la concurrencia de cierto apoyo social o, cuanto menos, de la detentación de poder político o militar⁸¹.

Como señala MUÑOZ CONDE: “los sujetos activos del delito de genocidio son, normalmente, los detentadores del poder estatal que, naturalmente, solo pueden ser juzgados cuando son derrocados, bien por otro Estado, bien por una revolución interna, bien por ambas circunstancias a la vez, no siendo extraño que entonces se produzca una extraña “justicia de la transición” que con “leyes de punto y final”, amnistías etc. dejan prácticamente sin sanción a estos hechos”⁸².

En este sentido, convendría poner entre comillas la alusión a la “sociedad en su conjunto”: ¿acaso el genocidio judío puso en peligro a la sociedad alemana en su conjunto?; ¿no sucedió, más bien, que fue respaldada por gran parte de ésta y que, incluso, el ordenamiento jurídico proporcionó cobertura formal a las prácticas genocidas?⁸³ Y, en todo caso, ¿no da la impresión de que el Código penal es muy ingenuo pretendiendo ser útil en caso de que se produjese una situación de estas características?⁸⁴

En último término, el problema esencial radica, quizá, en la propia configuración legal del delito de genocidio en nuestro Código penal, la cual gravita sobre el elemento subjetivo “con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” y no en la existencia, en modo alguno, de una situación de genocidio *in progress*, por así decirlo.

⁸⁰ Como señala el art. 607. 1 CP.

⁸¹ En cuyo caso, además, la impunidad de los genocidas está prácticamente garantizada, como se dirá inmediatamente.

⁸² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 14^a ed., pp. 733, 734.

⁸³ De nuevo, nos remitimos a MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, cit.

⁸⁴ En este tipo de delitos, en efecto, el recurso al Derecho Internacional parece más adecuado, aunque tampoco, a mi juicio, pueda esperarse de órganos como el Tribunal Penal Internacional que se sustraigan a las perturbaciones que las peculiaridades del genocidio provoca en la aplicación del Derecho.

De este modo, no se exige que la acción concretamente realizada (naturalmente, de entre las descritas en el art. 607.1) se enmarque en un contexto más amplio de acciones o que tenga además una potencialidad para coadyuvar a una situación efectiva de genocidio, es decir, que esa conducta pueda servir como medio para la destrucción –siquiera sea parcial- de un determinado grupo.

Y ello porque el genocidio no es un estado de la consciencia ni un proceso psicológico, sino un fenómeno bien real y con unas características muy concretas. Con esto quiero expresar que, más allá de definiciones jurídicas, el genocidio es, esencialmente, un fenómeno colectivo o –por así decirlo- un delito contextual, en el sentido de que supone la existencia de una multiplicidad de actos –más o menos sistematizados- contra un determinado grupo étnico, nacional etc.

Resulta un tanto extraño, por consiguiente, decir de un solo acto de agresión a un solo miembro de una etnia que se trata de un acto “genocida”. Pero así es en el Código penal español, siempre que concurra el elemento subjetivo antes citado, de suerte que un único acto realizado por una única persona actuando en solitario puede considerarse delito de genocidio, con todas las consecuencias que ello acarrea⁸⁵.

De este modo, si se me permite el paralelismo, al igual que existe en nuestro ordenamiento jurídico-penal el delito de “terrorismo individual” (art. 577 CP), parece existir el delito de “genocidio individual” (individual tanto en su sujeto pasivo como en el activo), lo cual, entre otras cosas en las que no podremos detenernos aquí, obligaría a plantearse cuál sería la diferencia entre un homicidio en el que concurriese la agravante de actuar por motivos racistas, antisemitas etc.⁸⁶ y un homicidio aislado que haya sido realizado –eso sí- con el propósito de “destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”⁸⁷. Además, téngase siempre

⁸⁵ Sin ir más lejos, la imprescriptibilidad (art. 133.2 CP).

⁸⁶ Art. 22. 4ª CP.

⁸⁷ Más aún, cabría preguntarse por qué el homicidio de un musulmán en el que concurre la agravante de actuar por motivos racistas es –efectivamente- un delito de homicidio agravado y, en cambio, una lesión infligida a un judío con el ánimo de “destruir total o parcialmente” su etnia sería un delito de genocidio. En este sentido, TAMARIT SUMALLA señala que el elemento subjetivo del art. 607 implica “algo más” que la mera motivación racista o xenófoba (TAMARIT SUMALLA, J. L., “Comentario al artículo 607”, p. 2.584). Pero, en todo caso, según entiendo,

presente que el art. 607.1 incluye conductas que no llegan al extremo del homicidio, como, por ejemplo, las lesiones, las cuales, si concurre el elemento subjetivo antes mencionado, pueden alcanzar por sí solas –esto es, sin necesidad de un contexto genocida- la condición de genocidio.

Con mucho mejor criterio, a mi juicio, define la Real Academia de la Lengua Española el término “genocidio” como el “exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de etnia, de religión, de política o de nacionalidad”⁸⁸.

Pero, sea como fuere, tenemos que trabajar, lógicamente, con la definición que da el Código penal y, en este sentido, salta a la vista que la esfera argumentativa de la Sentencia que venimos comentando y la redacción legal del Código penal están perfectamente acompasadas, en la medida en que ambas giran en torno a un elemento tendencial⁸⁹ y, en suma, ambas parecen tener en el punto de mira más a un autor que a un hecho⁹⁰.

En efecto, volviendo a la sentencia, nos encontramos con que la justificación del genocidio, a juicio del TC, lleva implícita la intención de “perseguir 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”. Suponiendo que así fuese (y cabría ponerlo en duda), no conviene olvidar que de la existencia de esa intención⁹¹ a la existencia de una provocación (aunque sea indirecta) a la comisión de otro delito de genocidio hay una diferencia sustancial.

En primer lugar, hay una cuestión de índole práctica que, a mi entender, no es baladí: la existencia en nuestra sociedad de ese grupo. Es decir, la difusión pública de una justificación del genocidio de los tutsis a mano de los hutus en Ruanda mal puede implicar la creación de una situación de hostilidad frente a aquéllos, por la sencilla razón de que –en lo que se

sería “algo más” desde el punto de vista de la subjetividad del autor y no del desvalor de la acción en sí.

⁸⁸ Los problemas, de todos modos, se multiplican con dicha definición, pues incluye el llamado “genocidio político”, algo que el art. 607 CP no hace, de modo que *de lege lata* la justificación de las actuaciones *genocidas* (en el sentido de la RAE) de Stalin en la antigua URSS no constituiría delito alguno (por lo menos las realizadas frente a sus adversarios políticos).

⁸⁹ Por utilizar la expresión que utiliza la propia sentencia.

⁹⁰ O, en todo caso, está pensando en un hecho muy definido, como diremos inmediatamente.

⁹¹ Presumida, según parece, *iuris et de iure*.

me alcanza- el número de miembros de esa etnia en nuestro Estado es insignificante⁹².

En segundo lugar, habría que ver si es factible que se produzca un clima social de hostilidad hacia esos grupos, en la medida en que, p. ej., la potencialidad provocadora de una publicación de limitadísima tirada puede ser, a su vez, limitadísima.

En suma, las cuestiones problemáticas se multiplican y la argumentación del TC no parece –en mi opinión– capaz de hacerles frente de un modo adecuado, por un variado conjunto de razones que, de un modo más o menos desordenado, han intentado sugerirse aquí.

Reordenando en la medida de lo posible, consideramos que el TC habría debido declarar la inconstitucionalidad del inciso “o justifiquen” del art. 607.2 CP, por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque resulta discutible la conclusión a la que llega el Tribunal en el sentido de que toda justificación de un genocidio constituya una provocación –al menos indirecta– a la comisión de dicho delito. A nuestro juicio, no toda justificación “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”, puesto que, en muchos casos, esa conducta se plasma en publicaciones para consumo propio, por así decirlo, de los adeptos a determinadas posiciones ideológicas, teniendo como finalidad más al autocumplirse en sus ideas que provocar a la comisión del delito.

Si esto último es así, la criminalización de la justificación sería, en resumidas cuentas, una especie de criminalización de un hecho histórico muy concreto o de la ideología que lo sustentó, la cual, por muy execrable que sea (que lo es) se encuentra amparada constitucionalmente, como el propio TC recuerda en su sentencia, indicando que “el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE”⁹³.

⁹² Entre otras razones, porque se ha llegado a afirmar que un 80% de los miembros de esa etnia murieron durante los acontecimientos de 1994.

⁹³ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

En segundo lugar, la creación de un “clima social de hostilidad” no parece un bien jurídico de suficiente entidad para sustentar la punición de un delito consistente en la expresión de un juicio de valor. A mi entender, ni aunque, efectivamente, supusiese una provocación indirecta existe una potencialidad lesiva suficiente como para restringir un derecho fundamental tan básico.

En tercer lugar, la argumentación de la sentencia no parece demasiado coherente. Con las premisas mediante las que se declara la inconstitucionalidad del “negacionismo”, habría podido llegarse a idéntica conclusión respecto de la “justificación”. Y ello porque la única diferencia que el TC observa entre una conducta y otra es la existencia del mencionado “elemento tendencial”; es decir, en realidad, el TC está atendiendo a un criterio subjetivo que, como hemos dicho, ni tiene por qué estar presente en la justificación ni tiene por qué estar ausente en la negación (pues quien niega puede perfectamente tener la intención de “crear un clima social de hostilidad” contra los miembros de un determinado grupo étnico, nacional, religioso etc.). En todo caso, por tanto, parece más coherente unir el destino de ambos incisos, dado que no alcanzo a ver un *plus* en el segundo inciso respecto del primero que pueda fundamentar su punición.

En cuarto lugar, enlazando con todo lo anterior, debemos tener en consideración si, en la práctica, es factible que llegue a darse ese clima de hostilidad a causa de la justificación realizada por un sujeto dado. Aquí, el TC juega con una doble presunción: presume la intención de provocar un clima de hostilidad y presume la capacidad de la justificación para alcanzar su consecución, cuando, en realidad, parece que la capacidad real de una conducta como la justificación para conseguir un efectivo clima de hostilidad es cuanto menos discutible y, en todo caso, desproporcionadamente inferior en su lesividad a lo que supone una restricción a la libertad de expresión.

En quinto lugar, no olvidemos que el artículo 18 exige que la provocación al delito (y, con él, la apología) sea directa⁹⁴. En cambio, el TC fundamenta su decisión de mantener en vigencia el segundo inciso del art. 607. 2 CP en la medida en que éste supone –a su juicio– una provocación indirecta, aludiendo a criterios de excepcionalidad que concurrirían en el caso del genocidio.

⁹⁴ Y, no olvidemos que, en un momento de la sentencia que venimos comentando, el propio TC así lo mencionó también con referencia al art. 607.2, aunque después, desgraciadamente, no siguió por ese camino.

Esto, a mi juicio, nos lleva a cierta paradoja valorativa: a la vista de la sentencia, existirían dos excepciones al art. 18, es decir, dos supuestos de provocación indirecta que resultarían punibles; a saber, la justificación de un delito de genocidio y la justificación de un delito de terrorismo (art. 578 CP)⁹⁵. En ambos casos, se apela al carácter excepcional que presentan ambos fenómenos para sustentar un adelantamiento de la barrera punitiva de semejante entidad.

Desde luego, genocidio y, sobre todo, terrorismo son dos de las grandes palabras del Derecho penal, dos de los conceptos ante los que parece que todas las garantías deben ceder⁹⁶. Pero, a fin de cuentas, ¿qué es un delito de terrorismo? O ¿qué es un genocidio? Cuando se habla de “justificar un delito de genocidio”, ¿a qué nos estamos refiriendo?

La pregunta parece, ciertamente, baladí⁹⁷, pero si volvemos por un momento a la definición del art. 607.1 y a lo que de ella se dijo en otro punto de este comentario, nos encontramos con que, al pivotar la definición sobre un elemento subjetivo y no sobre una situación de facto, “genocidio” pueden ser también aquéllas lesiones infligidas a un miembro de una etnia dada con la intención de destruir (siquiera sea parcialmente) aquélla. De igual modo, en el caso del terrorismo, unos meros daños⁹⁸ pueden ser considerados un delito de terrorismo si concurre “la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional”⁹⁹.

La paradoja es que, de esta suerte, la justificación de unas lesiones genocidas (por así denominarlas) o de unos daños terroristas sería punible en cuanto que provocación indirecta, cuando la provocación indirecta a un simple homicidio es, como sabemos, impune. En este caso, el argumento relativo a que, en el supuesto del genocidio y del terrorismo se tutela

⁹⁵ *Mutatis mutandis*, parece que la argumentación de la sentencia que centra estas páginas sirve asimismo para fundamentar la constitucionalidad del art. 578, que siempre había sido objeto de críticas.

⁹⁶ Utilizo la expresión “grandes palabras” como licencia literaria tomada del capítulo 2 del *Ulysses* de Joyce: “I fear those big words, Stephen said, which make us so unhappy”.

⁹⁷ Y puede que no haya razones para dudar de que así sea.

⁹⁸ Los previstos en el tipo básico del art. 263 CP, sin ir más lejos.

⁹⁹ Art. 577 CP.

un bien jurídico más complejo que podría justificar una punición más adelantada que la del propio homicidio, no resulta –en mi opinión- del todo convincente.

En sexto lugar, no está de más recordar que las conductas que, efectivamente, tienen la entidad lesiva suficiente como para ser legitimamente criminalizadas, ya están recogidas en los artículos 510 y 615 CP. En este sentido, la eliminación completa del art. 607.2 CP no provocaría –ni mucho menos- una laguna en el ordenamiento¹⁰⁰.

En séptimo y último lugar, quisiera añadir algo que no es propiamente un argumento frente a la sentencia sino, más bien, una reflexión –por lo demás, subjetiva en grado sumo- y que atañe, de nuevo, al propio concepto de genocidio que el legislador plasmó en el art. 607.1 CP.

Si pensamos en un genocidio, probablemente nos venga como primera opción a la mente el genocidio nazi y es indudable que se ha convertido en el paradigma del genocidio¹⁰¹. En cambio, la cuestión se complica en supuestos en los que no existe ese consenso unánime o en supuestos que no son considerados *ex lege* como tales genocidios. Por ejemplo, como se ha indicado, así sucede con el denominado “genocidio político” –esto es, aquél que persigue la destrucción de los adeptos a una determinada ideología política-, el cual no está incluido en la definición del art. 607.1 CP.

Teniendo en cuenta esto, la duda que puede surgir es si, en caso de que estuviese incluido el genocidio político en el CP, la justificación de la represión franquista durante la postguerra civil o de las actividades de eliminación de adversarios políticos durante la contienda¹⁰² entraría dentro del ámbito de lo punible.

Ante esta tesitura y teniendo en cuenta que no es raro escuchar opiniones públicas –especialmente entre la clase política¹⁰³- que bien podrían

¹⁰⁰ Laguna en el sentido –por supuesto- de falta de protección a algún bien jurídico relevante frente a puestas en peligro de cierta entidad, no en el sentido de penalizar *cualquier* conducta que pueda llegar a afectar a un bien jurídico.

¹⁰¹ De hecho, el propio término genocidio, fue acuñado por Lemkin al finalizar la IIª Guerra Mundial, puesto que no existía con anterioridad.

¹⁰² En este caso me refiero, naturalmente, a las actividades de *ambos* bandos.

¹⁰³ Tomemos como ejemplo este extracto de la entrevista que se le hizo a Manuel Fraga en el diario *Faro de Vigo*, publicada en diciembre de 2007:

entenderse como justificadoras de aquellos hechos históricos y, por tanto, indirectamente incitadoras -de acuerdo con el estricto baremo del TC- a un nuevo genocidio, ¿habría sido el fallo de la Sentencia que comentamos en estas páginas el mismo? ¿habrían sido los votos particulares tan reticentes a declarar inconstitucional el mero negacionismo?

En conclusión: la regulación del genocidio en el CP (princiando por su propia definición) presenta perfiles muy problemáticos, alguno de los cuales –centrándonos en la cuestión del negacionismo y la justificación- hemos intentado plasmar en estas páginas. Por esta razón, en un contexto en el que se imbrican definiciones vagas, discordancias valorativas y presunciones, al aplauso por haber eliminado del ordenamiento un tipo como el de negacionismo, debemos unir –a mi juicio- la crítica al TC por haber mantenido la vigencia del delito de “justificación del genocidio”.

Y ello, de un lado, porque supone sentar una jurisprudencia que afecta a otros delitos que, en mi opinión, también son más que sospechosos de inconstitucionalidad¹⁰⁴ y, de otro, porque, a veces, merece la pena propugnar una “democracia ingenua” que pueda no parecer fuerte, frente a una “democracia fuerte” que pueda no parecer una democracia.

-
- “Una de las últimas veces que lo vimos en público fue hace dos semanas en la presentación de Cuaderno de notas de una vida, un libro que recoge sus impresiones sobre personas, lugares, valores, instituciones y destinos. De Franco dice que tendrán que pasar al menos 50 años para ser valorado con rigor. Como ex ministro de Información entre 1962-1969, ¿qué juicio cree que tendrán de él los españoles dentro de medio siglo?”
 - Igual pasó con Napoleón. Al día siguiente de matarlo era un estropajo, pero cincuenta años después lo trajeron a París, es su héroe nacional y preside el Panteón de Hombres Ilustres. No digo que con Franco vaya a ocurrir lo mismo, sino que las figuras de ese calibre no se pueden juzgar hasta pasado un cierto tiempo. Personalmente no quiero adelantarme a lo que ocurrirá entonces, pero teniendo en cuenta lo que fue nuestro siglo XIX y las dos Repúblicas, [el franquismo] ha sentado las bases para una España con más orden. De hecho, no hay más que comparar la España de hoy con la de los años treinta”.

¹⁰⁴ Pienso, como se ha indicado antes, en el art. 578 CP.