

El delito de negación del holocausto

Alejandro Turienzo Fernández

Trabajo de Final de Grado en Derecho (Curso 2013-2014)
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El presente trabajo ofrece un análisis jurídico-penal detallado del delito de negación del Holocausto, conocido también como “La Mentira de Auschwitz” (Auschwitzlüge), desde una perspectiva tanto nacional como comparada, teniendo en cuenta, por un lado, su evolución jurisprudencial y legislativa a lo largo de estos últimos años y, por otro, su futura reforma.

This paper offers a detailed legal analysis of the Holocaust denial, also known as “The Auschwitz lie”, not only from a national perspective but also from a comparative, regarding, on the one side, its case-law and legislative evolution over the past few years and, on the other side, its future reform.

Die vorliegende Arbeit zeigt eine detaillierte strafrechtliche Analyse der Holocaustläugnung, oder auch “Auschwitzlüge” genannt. Sowohl aus einer nationalen als auch einer vergleichenden Perspektive. Unter Berücksichtigung auf einer Seite ihre Rechtsprechung Entwicklung im Laufe der letzten Jahre und auf der anderen Seite ihre zukünftige Reform.

Title: Holocaust denial

Titel: Auschwitzlüge

Palabras clave: negación del Holocausto, derecho a la libertad de expresión, discurso del odio

Key words: Holocaust denial, freedom of speech, hate speech

Stichworte: Auschwitzlüge, Meinungsfreiheit, Hassreden

Sumario

1. Introducción
2. Hate speech
 - 2.1. ¿Qué es el hate speech?
 - 2.2. The Harm in Hate Speech de Jeremy WALDRON
 - 2.3. The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's harm theory de Dennis J. BAKER y Lucy X. SHAO: una crítica a la postura de Jeremy WALDRON
3. El antiguo artículo 607.2 CP y el futuro artículo 510 CP
 - 3.1. Bien jurídico protegido
 - 3.2. ¿Estamos ante un exponente del rechazado Derecho Penal de autor?
4. El Caso de la Librería Europa
 - 4.1. Hechos
 - 4.2. Procedimiento ante la jurisdicción ordinaria
 - 4.3. Procedimiento ante la jurisdicción constitucional: la STC 235/2007, de 7 de noviembre (MP: Eugeni Gay Montalvo)
 - 4.4. Procedimiento ante la jurisdicción comunitaria: la STEDH de 5 de marzo de 2013 Asunto "Varela Geiss c. España"
5. La incidencia de la futura reforma del Código Penal en la negación del Holocausto
6. Derecho comparado
 - 6.1. Francia y la Loi Gayssot de 1990
 - 6.2. Alemania y el artículo 130.3 del Strafgesetzbuch
 - 6.3. Austria y el artículo 3h del Verbotsgesetz
7. Conclusiones
8. Tabla de jurisprudencia citada
9. Bibliografía

1. Introducción

Entre 1939 y 1945 el mundo fue testigo de uno de los episodios más aterradores de la historia contemporánea: la persecución y el asesinato de seis millones de judíos por parte del Gobierno nazi, comúnmente conocido como Holocausto judío o *Shoah*. Poco después del fin de la Segunda Guerra Mundial, surgió una escuela de pseudohistoriadores y pseudoinvestigadores, afines la vasta mayoría a ideologías de extrema derecha y antisemita, que comenzaron a trivializar y a poner en entredicho el acaecimiento de tales sucesos. Fueron bautizados con el nombre de negacionistas o revisionistas.

Los inicios del negacionismo se remontan a los propios dirigentes Nazis, quienes desarrollaron un discurso eufemístico¹ para “ocultar a los aliados, y al mundo entero, el exterminio masivo de judíos y de otros seres humanos (gitanos, homosexuales, presos políticos, prisioneros rusos, republicanos españoles...)”². Sin embargo, fue el francés Paul Rassinier, con su obra *La Mentira de Ulises*, quien inició lo que se conoce como revisionismo histórico.

Más de 60 años después, todavía hoy en día coexisten en la sociedad civil personas que consideran una exageración la cifra oficial de judíos asesinados, que defienden que el tifus fue una de las principales causas de las muertes, que mitifican la existencia de las cámaras de gas, la elaboración de pastillas de jabón a partir de restos humanos, la política de exterminio planeada por Hitler o el propósito de la Conferencia de Wannsee y que, en definitiva, siguen negando hasta la saciedad la versión oficial del Holocausto. David Irving, Gerd Honsik o David Duke son alguno de los nombres más representativos del revisionismo histórico actual.

Además de estos autores, aún podemos encontrar instituciones, como el *Institute for Historical Review*³, con el cometido de investigar y recopilar pruebas que desacrediten los argumentos esgrimidos por la gran mayoría de historiadores que defienden la existencia del Holocausto; así como personalidades políticas y religiosas, tales como Jean-Marie Le Pen o Richard Williamson, que comparten abiertamente los postulados “negacionistas”.

El discurso revisionista o negacionista pervive, pues, alarmantemente entre nosotros, habiéndose generado, en pleno siglo XXI, un auténtico debate sobre los límites de la libertad de expresión y la existencia de esta clase de discursos⁴.

¹ Por ejemplo, el exterminio del pueblo judío era denominado la “Solución Final” -(*Endelösuna*)- “del problema judío”-, los deportados que iban a ser asesinados a manos de los nazis pasaron a llamarse “los reasentados en el Este” y los escuadrones de la muerte se conocían por el nombre de “grupo de tareas”.

² MAYOR FERRÁNDIZ (2012, p. 56).

³ www.ihr.org

⁴ Este debate, concretamente, se inicia a partir del año 2006 a raíz de la celebración en Tehran, a iniciativa del presidente de Irán, Mahmud Ahmadineyad, de una convención internacional para revisar la visión global del Holocausto judío, denominada *Review of the Holocaust: Global vision*, a la que fueron llamados los más grandes negacionistas del momento. Ello provocó que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobase una Resolución el 26 de Enero de 2007 (Resolución 60/7) dirigida a condenar todo intento de negar o minimizar el

Algunos Estados, entre ellos España⁵, han ido progresivamente incorporado en sus respectivos Códigos Penales la penalización de la negación del Holocausto, aunque unos antes que otros. Pero aun así, un gran número de Estados de la Unión Europea se resisten a cambiar su legislación. Italia, Holanda, Gran Bretaña, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Estonia, Letonia, Portugal, Bulgaria, Grecia, Malta y Croacia no disponen todavía de una disposición específica en su legislación que penalice la negación o trivialización del Holocausto. Por este motivo, en el año 2014, la Comisaria de Justicia de la Comisión Europea, Viviane Reding, coincidiendo con el Día Internacional de Conmemoración del Holocausto Judío (27 de enero), instó a estos gobiernos europeos a incluir este tipo penal en sus respectivas legislaciones nacionales.

Este trabajo tiene un objeto claro de estudio: el delito de negación del Holocausto. El crecimiento de las ideologías y movimientos neonazis alrededor del mundo y la mayor concienciación de los países sobre este fenómeno hacen de este objeto de estudio un tema de innegable actualidad. Partiré, por tanto, de la siguiente hipótesis: “La tipificación de la negación del Holocausto ha sido un paso necesario a dar en la lucha contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo no sólo por España sino por el resto de países que han incorporado este tipo penal en sus respectivas legislaciones”.

Mediante el examen y análisis de monografías, artículos doctrinales, legislaciones y pronunciamientos judiciales, pretendo alcanzar una serie de objetivos: dilucidar cuál ha sido el tratamiento jurídico dado a este tipo penal, comparar dicho tratamiento jurídico penal con el de otros países, entender el porqué de su tipificación y esclarecer el debate existente entre el discurso “negacionista” y la libertad de expresión.

Para ello, he considerado necesario dividir mi trabajo de investigación en los siguientes epígrafes:

En primer lugar, me centraré en definir y analizar lo que se conoce como “discurso del odio” (*hate speech*). Los negacionistas a través de sus tesis y versiones de la historia esconden tras de sí un mensaje de aversión, rechazo y desprecio hacia la población judía. He ahí la importancia de analizar la dicotomía entre el derecho a la libertad de expresión y esta clase de discursos que sin duda ponen sobre la mesa el debate sobre los límites de este derecho fundamental. Será en este punto donde examinaré la teoría del profesor neozelandés y catedrático de las universidades de Nueva York y Oxford, Jeremy Waldron, expuesta en su reciente libro *Harm in Hate Speech*, así como las críticas esgrimidas por los profesores Dennis J. Baker y Lucy X. Zhao en su artículo *The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's harm theory* sobre el carácter abstracto y la carencia de base empírica de la misma.

Holocausto judío. BUSTOS, Rafael, “Libertad de expresión y discurso negacionista”, *Ponencia pronunciada en la Jornada “El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión” organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad en Zaragoza el 26 de febrero de 2014*. Video accesible en www.fundacionmgimenezabad.es. Último acceso el día 4 de abril de 2014.

⁵ Si bien el Tribunal Constitucional, en la famosa STC 235/2007, de 7 de noviembre (MP: Eugeni Gay Montalvo), declaró inconstitucional la expresión “nieguen” del primer inciso del artículo 607.2 CP, la futura reforma del Código Penal volverá a incorporar este tipo penal, aunque con algunos cambios. Todos estos aspectos serán tratados en los apartados cuarto y quinto del trabajo.

A continuación, analizaré el artículo 607.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal (BOE nº 281, de 24/11/1995, en adelante CP), comenzando por la determinación del bien jurídico que este tipo penal protege. Además, argumentaré si este tipo penal constituye un supuesto del rechazo Derecho penal del autor.

En tercer lugar, examinaré los hechos, el procedimiento ante la jurisdicción ordinaria y, en especial, los pronunciamientos ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, TEDH), en el caso más trascendental acaecido en España en relación con el delito de negación del Holocausto: el Caso de la Librería Europa.

Seguidamente, expondré el colosal impacto que tendrá la futura reforma del Código Penal en este tipo.

En quinto lugar, realizaré un estudio y una comparativa entre el artículo 607.2 CP y la *Loi Gayssot* de 1990 (Francia), el artículo 130.3 del *Strafgesetzbuch* (Alemania) y el artículo 3h del *Verbotsgesetz* (Austria).

Por último, expondré las conclusiones extraídas con este trabajo.

2. *Hate speech*

2.1. ¿Qué es el hate speech?

Una certera definición de *hate speech* de la que partiré en este primer apartado del trabajo y a la que se remitió la STC 235/2007, de 7 de noviembre (MP: Eugeni Gay Montalvo) es la ofrecida por la Recomendación núm. R (97) 20 aprobada el 30 de octubre de 1997 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el “discurso del odio”, que lo define como “aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”.

2.2. The Harm in Hate Speech⁶ de Jeremy WALDRON

En su reciente libro, Jeremy Waldron exhibe una posición disonante y menos ortodoxa a la ofrecida por una consolidada y extendida doctrina americana férreamente defensora del derecho a la libertad de expresión, reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana,

⁶ WALDRON (2012).

en el crudo debate sobre los límites de este derecho en los Estados Unidos⁷. El título de la obra sintetiza con éxito por medio de una única frase, contundente donde las haya, aquello que Waldron pretende exponer en el contenido de su libro: los efectos nocivos y perjudiciales que a corto y largo plazo puede provocar el conocido *hate speech*.

Para el profesor neozelandés, los carteles islamofóbicos, los grafitis racistas o las cruces en llamas características del Ku Klux Klan, entre otra clase de signos, son una clara representación de este discurso peligrosamente en alza. Estos signos transmiten, en su opinión, una serie de mensajes de desprecio, odio, discriminación y animadversión hacia determinados colectivos (musulmanes, población negra, judíos...) que, con el tiempo, cultivan un clima de hostilidad perjudicial para el normal desarrollo de estas minorías en una sociedad plural y heterogénea⁸.

Ello supone un constante ataque a la dignidad y reputación de estos individuos por el simple hecho de poseer unas características personales, como pueden ser su raza o etnia, impidiéndoles convivir en una posición de equidad respecto al resto de ciudadanos⁹. Waldron está en contra, pues, de aquellos académicos que sostienen que todos estos colectivos deben aprender a visualizar y a presenciar en su rutina diaria este conjunto de mensajes en la medida en que la persona que los difundió estaba en su derecho a hacerlo¹⁰.

El autor prosigue explicando que la mayoría de legislaciones reguladoras del *hate speech*¹¹ no están focalizadas tanto en el motivo que hay detrás de este discurso, como sí sucede en los llamados *hate crimes*, sino que su punto clave son los efectos perniciosos que estos mensajes pueden llegar a provocar¹². Waldron apunta¹³, además, que el concepto de *hate speech* no debe restringirse al simple discurso ya que los ataques pueden reflejarse mediante otros medios, como pintadas o publicaciones en la red, que, a diferencia del primero, pasan a convertirse en expresiones visibles o semi-visibles en el clima en el que las minorías vulnerables deben

⁷ La otra gran discusión que ha dividido a la doctrina ha sido la posibilidad de agravar las penas cuando el autor de un delito lo comete guiado por ciertas motivaciones.

⁸ WALDRON (2012) pp. 1-3.

⁹ *Supra*, pp. 4-6.

¹⁰ WALDRON resume en pocas palabras la posición de esta corriente de pensamiento: "Odio lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo". *Supra*; p. 3.

¹¹ En algunos países esta regulación recibe el nombre de *Group libel* o *Group Defamation*. Particularmente, en USA el término *Group libel* solía ser comúnmente utilizado durante la década de los 50 entre los académicos norteamericanos, especialmente desde el caso *Beauharnais v. Illinois* de 1952. El concepto *libel* se encuentra significativamente arraigado en las antiguas *criminal libel laws*, como son *The Seditious Libel Act* de 1798, que castigaba el llamado *seditious libel*, o la ley que en Inglaterra castigaba el *obscene libel*, es decir, la ofensa provocada por la publicación de contenidos pornográficos, utilizada para castigar en 1727 a Edmond CURL por la publicación de su libro sobre amor lésbico *Venus in the Cloister*. *Supra*; pp. 41-52.

¹² *Supra*, pp. 34-39.

¹³ *Supra*, pp. 37.

convivir¹⁴.

La permisividad social con la existencia de este amplio abanico de símbolos, empuja al profesor neozelandés, citando el trabajo político-filosófico de John Rawls, a preguntarse cuándo nos encontramos delante de una sociedad ordenada¹⁵.

Waldron no comparte la idea defendida por muchos constitucionalistas liberales de que una sociedad que permite la publicación de pancartas o blogs xenófobos, por ejemplo, puede seguir mereciendo ese calificativo en tanto que a los racistas o anti-semitas se les está permitiendo ejercer su derecho a la libertad de expresión como a cualquier otro ciudadano dentro de un mercado libre de ideas¹⁶.

La posición de Waldron se acerca más a la concepción de una sociedad ordenada presentada en la *strict-compliance theory* de RAWLS: no se puede ni discutir que una sociedad sea ordenada cuando existe tanto encono y división como para generar *hate speech*. Una sociedad ordenada es sinónimo de una sociedad gobernada total y efectivamente por un principio de justicia. No podremos adjetivar de ordenada a una sociedad hasta que no desaparezcan estas actitudes de odio y de animadversión¹⁷.

WALDRON no es partícipe, sin embargo, de suprimir las leyes reguladores del *hate speech* por considerarlas innecesarias o redundantes en una fantástica y bucólica sociedad ordenada en la que la actitud de todo del mundo sea absolutamente justa. RAWLS ya sostuvo en *A Theory of Justice*, dentro de la discusión de *the role of law*, que las leyes cumplen una poderosa función expresiva y coercitiva que consolida la confianza y seguridad entre los ciudadanos, motivo más que de peso para no suprimirlas. Ahora bien, Waldron matiza que si bien la existencia de unas leyes reguladores del *hate speech* puede ser un gran aliciente para un cambio de mentalidad en aquellos ciudadanos con pensamientos intolerantes, ello no quiere decir que, por arte de magia, una sociedad se vuelva ordenada¹⁸.

Conforme a la teoría presentada por Waldron, las leyes reguladores del *hate speech* preservan, sobre todo, un valioso bien público, que no es otro que una general y abstracta seguridad y garantía en los ciudadanos de que serán tratados de un modo justo, como parte esencial del respeto a su dignidad¹⁹, en el sentido de *recognition respect*, es decir, aquel respeto de la dignidad

¹⁴ Esta dicotomía entre, por un lado, el daño puntual de las palabras y su evanescencia una vez pronunciadas y, por otro, el carácter duradero de los símbolos tangibles fue analizada en el libro *Understanding Words that Wound* de Delgado y Stefancic al que Waldron hace referencia en su obra. *Supra*, p. 72.

¹⁵ *Supra*, pp. 65-105.

¹⁶ *Supra*, pp. 66-67.

¹⁷ *Supra*, pp. 77-78.

¹⁸ *Supra*, pp. 80-81.

¹⁹ WALDRON no hace referencia a una dignidad particular de honor o estima sino a una dignidad en el sentido de

de la persona que es fundamental e inmutable²⁰. Esta seguridad y garantía se evaporan en la medida en que existen todos estos mensajes racistas y discriminatorios²¹.

Waldron opina que es tremendamente importante que esta seguridad sea transmitida de forma implícita, de forma que el *status* de equidad de cada persona sea garantizado sin tener que demostrarlo o argüirlo. He ahí el gran daño que hace el *hate speech*. El *hate speech* niega esa implícita seguridad que una sociedad ofrece a los miembros de minorías vulnerables, recordándoles mediante visibles símbolos de exclusión y animadversión que no gozan ni gozarán de esa posición de igualdad respecto al resto de ciudadanos²².

Ocurre, además, que el *hate speech* no sólo pretende difuminar este implícito pero real bien público, sino también crear un bien público rival, esto es, la solidaridad entre los que piensan igual. En efecto, según Waldron, los carteles islamofóbicos, las pintadas neonazis, entre otras manifestaciones del *hate speech*, fomentan una proliferación y coordinación de estas actitudes, definiendo una manifestación pública de odio que indica a aquellos que comparten estas ideas discriminatorias que no están solos en esta encrucijada. Consecuentemente, las leyes reguladores del *hate speech*, además de proteger esa seguridad para el ciudadano, bloquean la construcción gradual de este “bien público rival” que pretende forjarse²³.

Sin embargo, la existencia de este tipo de regulación carece de un apoyo unánime entre los académicos. Waldron cita y analiza el trabajo de dos grandes autores críticos con esta normativa: Edwin Baker y Ronald Dworkin.

Baker²⁴, representante de una minoritaria corriente doctrinal absolutista en la defensa de la Primera Enmienda, cree que cuando alguien ejerce su derecho a la libertad de expresión, esta persona está revelando importantes aspectos de su “yo interior”, definiendo su lugar en un mundo formado por millones de personas, cada una con sus principios, valores, convicciones y creencias. La persona que se expresa abre las puertas a que se descubra cuál es su lugar en un metafórico “mundo de ideas”, a pesar de que no todos quieran sacar a la luz esa “posición”. Aquél que hace público aquello que piensa, elige autónomamente no sólo como presentarse a sí

que alguien que forme parte de una minoría sea considerado un miembro más de la comunidad y no se le aparte de la interacción social ordinaria. WALDRON rehúsa que las legislaciones reguladores del *hate speech* pretendan proteger a los particulares de ser ofendidos o insultados, de evitar que sus sentimientos se vean de un modo u otro afectados por los desagradables mensajes de unos individuos, éste no es su objetivo. Su propósito es asegurar el respeto y la igualdad de todos los miembros de la sociedad y obstaculizar cualquier degradación de su dignidad, venga esto o no asociado a sentimientos de aflicción o malestar. Una cosa es, pues, *hate speech* y otra muy distinta aquel discurso que simplemente ofende. *Supra*, pp. 78-85.

²⁰ Se contrapone a la idea de *appraisal respect* que varía en función de la estima que se tenga a una persona por sus virtudes o defectos.

²¹ WALDRON (2012, pp. 92-93).

²² *Supra*, pp. 93-94.

²³ *Supra*, pp. 94-95.

²⁴ *Supra*, pp. 144-172.

mismo y a sus ideas ante los demás, sino también de que forma responder a las posiciones esgrimidas por terceros²⁵.

Éste es, según Baker, uno de los aspectos más importantes del derecho a la libertad de expresión, que el emisor sea presentado como titular de un determinado punto de vista y defensor de ciertos principios²⁶. Lo mismo sucede con el *hate-speaker*. En el momento en que públicamente manifiesta que la gente de color es de una raza inferior o que todos los musulmanes deberían ser deportados, el *hate-speaker* está dando una oportunidad al mundo de saber quién es y de ser respondido. Las legislaciones reguladores del *hate speech* privan, pues, a estos individuos de esa vía para auto-expresarse²⁷.

Por su parte, Dworkin ²⁸ presenta, en palabras de Waldron, uno de los argumentos más consistentes sobre el vínculo existente entre la protección de la libertad de expresión y la legitimidad democrática²⁹. Dworkin defiende que la libertad del *hate speech* es un precio a pagar por la legitimidad en la promulgación de leyes a las que se oponen aquellas personas que profesan el odio (los conocidos como *hatemongers*), como son las leyes que prohíben la discriminación³⁰.

Esta normativa que pretende promulgarse sólo será legítima en la medida en que se abra un debate sobre ella en el que puedan participar los *hate-speakers*, independientemente de lo viles y crueles que puedan ser sus contribuciones. Esto no quiere decir que Dworkin sea partidario de desproteger a grupos minoritarios vulnerables, en absoluto, sino que, por razones de justicia, cada ciudadano tenga una oportunidad para expresar sus opiniones, ideales, miedos y prejuicios respecto a una decisión mayoritaria, antes de que ésta sea llevada a la práctica³¹.

En su tesis, Dworkin distingue entre dos tipos de leyes: la normativa reguladora del *hate speech*, prohibitiva de la hostilidad racial, odio religioso... como causas de la violencia y la discriminación; y la normativa que protege a aquellas personas que vendrían a estar protegidas por el primer tipo de leyes, es decir, las leyes contra la violencia, la discriminación... como tales. Waldron denomina a las primeras *upstream laws* y a las segundas *downstream laws*³².

²⁵ *Supra*, pp. 161-163.

²⁶ *Supra*, pp. 162.

²⁷ *Supra*, pp. 164-165.

²⁸ *Supra*, pp. 173-203.

²⁹ *Supra*, pp. 173.

³⁰ *Supra*, pp. 173-174.

³¹ *Supra*, pp. 175-177.

³² *Supra*, pp. 178.

Pues bien, Dworkin, en contra de aquellos que piensan que la permisibilidad del *hate speech* es como liberar un veneno generador de una oleada de violencia y discriminación, ambas prohibidas por las *downstream laws*, considera que cuando se interfiere coercitivamente prohibiendo, mediante las *upstream laws*, el *hate speech* o las *figthing words*, por ejemplo, se está, indirectamente, minorando la legitimidad política de las *downstream laws*, en la medida en que a todos estos individuos no se les está permitiendo manifestar su oposición a este segundo tipo de leyes³³. En palabras del profesor, si se pretende ser estricto con el crimen, la violencia y la discriminación, se ha de ser flexible con sus causas³⁴.

Waldron se muestra reticente a la premisa de Dworkin y expone que existen otras vías para que estos colectivos puedan manifestar dicha oposición sin tener que acudir a estas formas de expresión perniciosas *per se*, como podría ser emplear palabras ordinarias en vez de *figthing words*³⁵.

2.3. The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's harm theory³⁶ de Dennis J. Baker y Lucy X. Shao: una crítica a la postura de Jeremy Waldron

En su contribución con el anterior título, los profesores D. J. Baker, de la King's College de Londres, y L. X. Zhao, de la University of Sheffield, critican en este trabajo la utilización de la pena de prisión, en tanto que pena sensiblemente gravosa, a modo de castigo y control del *hate speech*, cuando los efectos perjudiciales hacia terceros de esta clase de expresiones únicamente consiguen sostenerse con base en una teoría del daño abstracta y genérica como la propuesta por Waldron³⁷.

J. Baker y X. Zhao abogan por un aseguramiento de la proporcionalidad en el castigo infligido, a conseguir mediante una equivalencia entre el nivel del daño causado al reo en prisión y el nivel del daño que la víctima del delito sufrió tiempo atrás, teniendo en mente que no siempre será posible asegurarla a ciencia exacta, por lo que en muchas ocasiones habrá, en mayor o menor medida, una discrepancia de tipo moral en relación con la pena finalmente impuesta³⁸.

Para ambos, cuando alguien vierte algún tipo de comentario ofensivo o discriminatorio, esta persona debe ser castigada por su contribución trivial al daño acumulativo ocasionado al

³³ *Supra*, pp. 178-179.

³⁴ *Supra*, pp. 179.

³⁵ *Supra*, pp. 181-184.

³⁶ BAKER y ZHAO (2013) pp. 621-656.

³⁷ *Supra*, p. 621.

³⁸ *Supra*, p. 624.

colectivo afectado³⁹. Es decir, Waldron entiende que el *hate speech* alimenta una atmósfera de hostilidad y animadversión en perjuicio de las minorías objeto de estos mensajes o discursos. Esta posición es incluso aceptada por J. Baker y X. Zhao pero siempre y cuando el “contaminador”, entendido aquí en el sentido de *wrongdoer*, sea castigado en proporción a su grado de contribución en la “contaminación” de ese clima a la larga pernicioso⁴⁰.

Waldron parte de la premisa de que el *hate speech*, como expresión denigratoria⁴¹, ataca la dignidad de sus víctimas e impide que éstas puedan vivir en un ambiente sin miedo a ser discriminadas o excluidas. De ahí la importancia de la existencia de las leyes reguladores del *hate speech* que, para el profesor neozelandés, cumplen una función vital: la defensa estatal de la posición de equidad social de estas minorías y colectivos⁴². Los autores del trabajo ven esta idea demasiado vaga como criterio de criminalización de aquellas expresiones que fomenten la inequidad social, en tanto que este argumento no ofrece una explicación del porqué del carácter dañino de la conducta. Desde su punto de vista, Waldron, cuya visión se encuentra centrada en el ataque del *hate speech* a las características personales de las víctimas, no consigue demostrar la generación de un daño fáctico identificable⁴³.

J. Baker y X. Zhao realizan, además, una importante división entre el *hate speech* y las simples expresiones viles y crueles, cuya motivación no viene dada necesariamente por el odio al colectivo del que aparentemente forme parte la víctima, pudiéndose dar otras razones como una riña puntual entre el emisor y el receptor del mensaje o una crueldad intrínseca en la personalidad de quien emite tales comentarios⁴⁴. A su modo de ver, lo importante no es el motivo por el que se realizan dichas expresiones o las características en la que se focalizan los mensajes denigratorios, sino si efectivamente se produce o no un daño⁴⁵. Mientras la expresión sea perjudicial para un tercero será irrelevante cual haya sido su motivación, a no ser que se aporte una justificación legítima para sostener lo contrario⁴⁶.

Ahora bien, la motivación de la conducta no incrementa o reduce el resultado dañoso. En efecto, J. Baker y X. Zhao entienden que el daño infligido seguirá siendo el mismo independientemente del motivo que llevó a cometer el crimen⁴⁷. Por ello, consideran injusto que a una persona se le

³⁹ *Supra*, p. 625.

⁴⁰ *Supra*, p. 626.

⁴¹ Baker y Zhao diferencian desde un inicio entre expresión ofensiva y expresión denigratoria, haciendo notar que Waldron equipara el *hate speech* únicamente con el segundo de los términos.

⁴² Concepción de Waldron del daño indirecto provocado por el *hate speech*. BAKER y ZHAO (2013) pp. 632-633.

⁴³ *Supra*, pp. 634-637.

⁴⁴ *Supra*, pp. 638-639.

⁴⁵ *Supra*, pp. 639-640.

⁴⁶ *Supra*, pp. 640.

⁴⁷ *Supra*, pp. 642-643.

imponga una pena de prisión mayor por haber cometido un crimen en función de un sentimiento de odio hacia las características personales de la víctima⁴⁸.

Por último, Waldron opina que las expresiones denigrantes son perjudiciales *per se* en la medida en que generan en la víctima un sentimiento de inferioridad respecto al resto de ciudadanos⁴⁹. La denigración padecida supondría un potencial impacto negativo en las opciones sociales de participación de la víctima en la sociedad. El *hate speech* habría minorado en las víctimas la creencia de su condición de ciudadanos iguales⁵⁰.

J. Baker y X. Zhao ponen en tela de juicio que la denigración produzca tales efectos nocivos. El mayor problema de la argumentación abstracta de Waldron es que parte de la idea de que las expresiones denigrantes no causan un daño sino que son constitutivas de un daño, lo que supone que éstas siempre sean perjudiciales sin importar si se produce o no un impacto real en las colectivos afectados⁵¹.

Ese sentimiento de inferioridad que padecen las víctimas no tiene que acabar siendo necesariamente un motivo para que éstas decidan *motu proprio* no participar totalmente en la sociedad. Mediante un elaborado estudio empírico⁵², J. Baker y X. Zhao acaban demostrando que no existe una relación causal entre las expresiones denigrantes y ese medio-complejo de inferioridad que impide una efectiva participación de las víctimas en una comunidad democrática.

Imaginemos que una mujer ha sido objeto de comentarios sexistas durante años. Según la tesis de Waldron, esta mujer y otras que hayan padecido una situación denigrante similar, sufrirían de un complejo de inferioridad que les bloquearía el paso a disfrutar de un amplio abanico de oportunidades en su vida. No obstante, J. Baker y X. Zhao destacan que en pleno siglo XXI, en EUA y en Inglaterra, con una población de 30 y 150 millones de personas de género femenino, respectivamente, hay más mujeres universitarias que hombres, por lo que, aun a pesar de la existencia de esta clase de discursos intolerantes y sexistas, mayoritariamente, este colectivo ni se deja influir a la hora de tomar sus decisiones sociales ni se considera inferior a los demás⁵³.

Lo mismo sucede con las minorías étnicas (asiáticos, afroamericanos, latinos...). En los Estados Unidos, por ejemplo, las minorías asiáticas son las que mayores méritos académicos obtienen y,

⁴⁸ Aquí los autores esgrimen una clara y dura crítica a la agravación de las penas en los conocidos *hate crimes*. *Supra*, p. 643.

⁴⁹ Concepción de Waldron del daño directo provocado por el *hate speech*. BAKER y ZHAO (2013) pp. 643-644.

⁵⁰ *Supra*, pp. 643-644.

⁵¹ *Supra*, pp. 645.

⁵² *Supra*, pp. 647-654.

⁵³ *Supra*, pp. 648-649.

sin ir más lejos, son, además, las que representan uno de los porcentajes más altos de alumnos en las mejores universidades del país. Del mismo modo, muchos miembros de minorías étnicas estudian carreras tan prestigiosas como medicina o derecho⁵⁴.

Por ende, la evidencia empírica revela que a pesar de que un grupo de personas desinformadas ataquen mediante la más variada índole de mensajes la dignidad de unos determinados colectivos, ello no quiere decir que los miembros de estos colectivos se vean a sí mismos como ciudadanos de escala social inferior y dejen de ir a la universidad o participar en cualquier otro tipo de actividades⁵⁵.

3. El antiguo artículo 607.2 CP y el futuro artículo 510 CP

3.1. Bien jurídico protegido

El artículo 607.2 CP fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico junto al artículo 510.1 CP a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo como respuesta jurídico-penal a “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista perpetrados bajo las banderas y símbolos de ideología nazi” (Exposición de Motivos de la LO 4/1995).

Sin lugar a dudas, la incorporación de esta norma en 1995 y su reubicación con la futura reforma del Código Penal en el nuevo artículo 510.1 c) CP años después de la célebre STC 235/2007, de 7 de noviembre, conllevó y conllevará de nuevo una limitación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 CE, con la finalidad de proteger un bien jurídico que entra en conflicto con dicha libertad⁵⁶.

El célebre penalista alemán Claus Roxin define el concepto de bienes jurídicos como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁵⁷. Pero, ¿qué bien jurídico se ha pretendido y se pretende amparar en este caso?

Para la doctrina mayoritaria, el tipo penal de negación del genocidio nació con la voluntad de preservar un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual: la seguridad de los grupos de población afectados que, en el caso del Holocausto, vendrían a identificarse con la población

⁵⁴ *Supra*, pp. 650-651.

⁵⁵ *Supra*, pp. 651-654.

⁵⁶ Existen, no obstante, autores que opinan que el delito de negación del Holocausto no persigue proteger un bien jurídico, sino un interés: “evitar el sentimiento de escándalo que pueden provocar en la generalidad libros en los que, por ejemplo, se niegue que durante el régimen nacionalsocialista se exterminaron a millones de judíos”. HEFENDEHL (2006) pp. 21-22).

⁵⁷ ROXIN (1997) p. 56.

judía, preservando una atmósfera de paz y de no hostilidad o violencia. En este sentido, estaremos en presencia de un bien jurídico colectivo, según Roland Hefendhel, cuando “sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a cada individuo”⁵⁸.

Se ha de acentuar que el debate sobre la existencia de estos bienes jurídicos abrió inevitablemente una profunda brecha en la doctrina, dividiendo entre un sector de autores vinculados a la Escuela de Frankfurt críticos con su existencia y partidarios de un modelo de Derecho Penal tradicional protector exclusivamente de bienes jurídicos personales y otro sector adaptado a los nuevos tiempos defensor de la necesidad de su incorporación en atención a los nuevos riesgos a los que hacer frente.

Quizás para muchos la utilización del término bien jurídico supraindividual sea aquí desafortunada, en la medida en que el bien jurídico amparado por este tipo penal es de titularidad de un determinado grupo de personas (el colectivo judío), no de la sociedad civil en general. Lo cierto es que nunca ha existido en la esfera dogmática unanimidad sobre como clasificar este tipo de bienes jurídicos. Han concurrido tres tesis al respecto: “las que señalan que los bienes jurídicos preservados frente a colectivos determinados (tales como la seguridad colectiva, la salud pública y la seguridad del tráfico) son en realidad individuales, pues siempre afectan a bienes jurídicos como la salud individual, la vida, la integridad personal o el patrimonio; quienes consideran que estos bienes jurídicos conservan su naturaleza colectiva pues además de que sus titulares comparten iguales aspiraciones de protección en relación con los ataques a sus bienes jurídicos, también aquellos pueden ser sustituidos sin que se afecte la subsistencia del bien jurídico; y los que señalan que estos bienes jurídicos son una categoría independiente denominada bienes jurídicos intermedios”⁵⁹.

Dicho esto, resulta difícil, de antemano, imaginar que una única frase, libro o discurso negacionista o revisionista pueda llegar a alterar la seguridad del colectivo judío, al igual que, por ejemplo, un vertido de tóxicos en el mar Mediterráneo no tendrá el potencial suficiente como para causar un perjuicio de una magnitud tal como para afirmar que se ha atentado real e inmediatamente contra el medioambiente o la estabilidad del ecosistema. Ahora bien, ¿y si esta conducta fuera el detonante de una generalización de esta clase de mensajes que paulatinamente alimentasen un odio u hostilidad hacia el colectivo judío y que acabasen concretándose en un futuro más o menos próximo en acciones delictivas? Aquí se nos abre una posibilidad que ha sido ampliamente acogida por la doctrina e incluso por la jurisprudencia: calificar al delito de negación del Holocausto de delito de peligro abstracto.

Claus Roxin considera delito de peligro abstracto “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un

⁵⁸ HEFENDEHL (2001) p. 150.

⁵⁹ CASTRO CUENCA (2006) pp. 208-209.

resultado de puesta en peligro”⁶⁰. Este concepto se contrapone al de delito de peligro concreto, es decir, “cuando la ley requiere expresamente una efectiva situación de peligro”⁶¹.

Ya la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 ⁶² sostuvo esta tesis en relación con el artículo 607.2 CP en su FD 6: “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 físico y/o moral de los demás”.

Esta idea es, a mi juicio, perfectamente plausible, en tanto que la negación de estos horrendos hechos históricos no lesiona *motu proprio* la seguridad de un colectivo. Aun así, ello no quita que, de forma mediata, se esté contribuyendo a crear ese clima pernicioso que, a la larga, abra la puerta a acciones violentas y discriminatorias⁶³. El negacionismo vendría a ser, pues, punible por su potencialidad de generar condiciones favorables a una puesta en práctica de la violencia, hostilidad, odio contra el colectivo judío. Además, se ha de tener presente que la relación que ha unido bienes jurídicos supraindividuales y delitos de peligro abstracto ha sido siempre muy estrecha, aun existiendo a la par el debate sobre si cabe o no la posibilidad de que esta clase de bienes jurídicos puedan ser directamente lesionados.

Sin embargo, esta propuesta no ha sido unánimemente aceptada. Una doctrina minoritaria ha sido partidaria de tildar a este tipo penal de apología del genocidio por medio de una interpretación sistemática del precepto con el artículo 18.1 CP.

Esta premisa fue extensamente rechazada y criticada, en tanto que el artículo 607.2 CP no exigía ninguna suerte de provocación o incitación directa a cometer un delito de genocidio (artículo 607.1 CP), a diferencia del delito de apología del artículo 18.1 CP. El precepto castigaba la difusión de las ideas o doctrinas negacionistas en sí misma considerada, no un mero acto preparatorio.

Lo mismo es predicable del proyectado artículo 510.1 c) CP. Si bien el precepto dice “cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”, no se está tipificando una provocación directa al genocidio contra el pueblo judío a través de la

⁶⁰ ROXIN (1997) p. 407.

⁶¹ MIR PUIG (2011) p. 239.

⁶² Primer pronunciamiento judicial respecto al Caso de la Librería Europa.

⁶³ En relación con este tipo de mensajes y discursos englobados dentro del concepto *hate speech*, Kent Greenawalt habla sobre *the danger of violent response*, es decir, el alto riesgo de provocar, como respuesta a dichos mensajes, un estado de violencia y desorden. GREENAWALT (1995) p. 50.

divulgación y transmisión de los postulados negacionistas. Una cosa es decir públicamente⁶⁴ “Los judíos son unas ratas. Deberíamos exterminarlos a todos” y otra muy distinta es defender que “Las cámaras de gas nunca existieron”. En el primer caso sí existe una provocación directa, por lo que sería admisible sostener que aquí sí hay una apología. En cambio, en el segundo no existe dicha instigación, sin perjuicio de promover con estas palabras una atmósfera hostil contra este colectivo.

Además, estas conductas apologéticas ya son punibles conforme al artículo 615 CP (con penas muy superiores a las previstas en el artículo 607.2 CP), en relación con el artículo 607.1 CP, por lo que, defender esta tesis, implicaría una duplicidad de tipicidades. Al respecto, Feijoo Sánchez señala: “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 artículo 18.1 CP (...) el autor de estas conductas se vería injustamente 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. 607.2 CP) 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)”⁶⁵.

Por su parte, autores como Tatjana HÖRNLE se han mostrado reticentes a encubrir el delito de negación del Holocausto bajo la rúbrica de delito de peligro abstracto.

En su trabajo sobre la protección de los sentimientos en el *Strafgesetzbuch*, Hörnle entiende que la llamada “Mentira de Auschwitz” pretende proteger tabúes modernos⁶⁶. Citando a la penalista alemana: “la *ratio* de los tipos penales en los §§ 86a y 130, párrafo 3º, no debe buscarse en un fundamento racional-instrumental como delitos de peligro, sino en el enfado y la intranquilidad de la población, que resultan especialmente intenso en la reacción a los símbolos nacionalsocialistas y a la negación de Auschwitz, pues con ellos se lesionan tabúes importantes para nuestra autocomprensión”⁶⁷.

3.2. ¿Estamos ante un exponente del rechazado Derecho Penal de autor?

¿Se castiga al negacionista o al acto de negar el Holocausto? La pregunta no es, para nada, baladí y su respuesta lo es aún menos.

El principio de responsabilidad por el hecho, acogido en nuestro Derecho positivo moderno y derivado de la idea rectora de culpabilidad, “se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el

⁶⁴ Recordemos que la “apología privada” es atípica.

⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ (1997) p. 123.

⁶⁶ HÖRNLE (2006) p. 397.

⁶⁷ *Supra*, p. 394.

modo de ser”⁶⁸. Es decir, “el objeto de prohibición y de castigo estaría constituido, exclusivamente, por los hechos efectivamente cometidos por humanos que lesionarían o pondrían en peligro bienes jurídico-penales”⁶⁹. La persona es castigada en razón de la perpetración *motu proprio* de un acto señalado por la ley como delito, en cumplimiento del principio de legalidad. El *ius puniendi* del Estado no se centraría, pues, en el “homicida” o el “violador”, sino en el “homicidio” o la “violación”.

En cambio, el rechazado Derecho Penal de autor sanciona a la persona por lo que es. Esto es, se desplaza al hecho para centrarse en el autor.

Como bien desarrolla Víctor Gómez, este modelo de Derecho Penal presenta tres versiones: 1) Derecho Penal de autor en sentido amplio o limitado, elaborado conforme los postulados preventivo-especiales de Franz Von Liszt, según los cuales sólo los hechos y no las personas pueden llegar a ser castigados, si bien la graduación de la pena no debería basarse únicamente en la gravedad del hecho cometido sino también en el nivel de peligrosidad y las circunstancias personales del sujeto infractor, asegurándose, pues, la compatibilidad de este subtipo sancionador con un sistema de responsabilidad por el hecho⁷⁰; 2) Derecho Penal de autor intermedio, representativo de la teoría sintomática del delito de Tesar y Kollmann, que concebiría al delito como una externalización de los síntomas de una conducta antisocial del autor de los hechos, siendo esta conducta o personalidad el verdadero objeto del delito⁷¹; 3) Derecho Penal de autor en sentido estricto o máximo, propio del Derecho del *III Reich*, en el que lo que contaría sería exclusivamente la peligrosidad interna del autor en función de sus características ideológicas y personales, sin importar si ha o no cometido efectivamente un conducta penalmente reprobable⁷².

Ciertamente, el antiguo y a la par escueto artículo 607.2 CP podía abrir las puertas a una multiplicidad de interpretaciones respecto a esta problemática de carácter dogmático. Todo lo que preveía este precepto era el castigo de aquellos que difundiesen por cualquier medio ideas o doctrinas que negasen un delito de genocidio.

Si partimos de una interpretación literal del tenor del articulado, parecería que lo que el antiguo artículo 607.2 CP pretendía no era castigar un hecho sino una opinión o, si se prefiere, una actitud interna antisemita, xenófoba y discriminatoria de un sujeto concreto. De aceptarse esta premisa, se estaría concluyendo que nuestro Código Penal tipificó en 1995 la difusión de postulados negacionistas en contra del principio de culpabilidad, personificando este desdeñable Derecho Penal de autor incompatible con la idea moderna de responsabilidad penal por el hecho.

⁶⁸ MIR PUIG (2011) p. 125.

⁶⁹ GÓMEZ MARTÍN (2013) p. 92.

⁷⁰ Gómez MARTÍN (2007) pp. 35 y ss.

⁷¹ *Supra*, pp. 103 y ss.

⁷² *Supra*, pp. 115 y ss.

Pero, ¿qué hay del futuro artículo 510 CP? ¿Despeja la nueva redacción de este precepto las dudas respecto a esta presunta calificación de la tipificación de las conductas negacionistas como muestra del rechazado Derecho Penal de autor?

Si bien el objeto de este apartado no es analizar las novedades de la futura reforma del Código Penal, en tanto que ya serán analizadas en el quinto apartado de este trabajo, resulta necesario, en este punto, hacer mención a un trascendental inciso del nuevo artículo 510 CP.

El futuro artículo 510.1 c) CP requerirá para considerar penalmente relevante la negación del genocidio que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia los colectivos afectados. Este elemento incorporado en el tipo penal permite afirmar que aquello que se quiere castigar no sean las ideas o pensamientos del negacionista, o, en definitiva, su mera personalidad interna antisemita, xenófoba y discriminatoria, sino la perpetración de una conducta, que no es otra que la promoción o el favorecimiento por medio de la difusión de concepciones negacionistas de ese clima al que alude al articulado, que podría acabar concretándose en episodios de discriminación o violencia hacia el colectivo judío. Se adoptaría así una interpretación análoga a la ofrecida por una consolidada doctrina respecto al delito de provocación a la discriminación, odio o violencia regulado en el vigente artículo 510.1 CP: las ideas o pensamientos no son el objeto del castigo, lo es fomentar en terceros ciertos comportamientos discriminatorios, violentos o de odio que repercutan contra un colectivo definido.

Esta referencia explícita en el articulado al término “clima” recuerda a la teoría propuesta por Waldron sobre los efectos perniciosos del *hate speech*. Esto es, en líneas generales, la progresiva cultivación de un clima de hostilidad, animadversión y violencia hacia los colectivos, grupos y minorías objeto de esta clase de discursos.

Del mismo modo, cabe mencionar, en este punto, los conocidos “delitos de clima”, concepto atribuible al penalista alemán Günther JAKOBS y estrechamente vinculado al de delitos de peligro abstracto⁷³, ya desarrollados con anterioridad. Esta postura defendida por JAKOBS en el Congreso de penalistas alemanes celebrado entre los días 16 y 19 de febrero de 1985 en *Frankfurt am Main* y recogida en el trabajo *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico* alude “a aquellos delitos consistentes en la realización de manifestaciones dirigidas a una pluralidad de personas objetivamente adecuadas para generar una atmósfera favorable a la comisión futura de determinados hechos delictivos”⁷⁴.

Cierto es que algunos autores han llegado a calificar al delito de negación del Holocausto de “delito de clima”. Jon Mirinda indica al respecto: “debe subrayarse el riesgo de incriminación de

⁷³ Jakobs critica con dureza la existencia de este tipo de delitos en la medida que implican anticipaciones de la punibilidad que pueden suponer intromisiones inaceptables en el ámbito interno de los ciudadanos. JAKOBS (1997) pp. 308 y ss.

⁷⁴ GÓMEZ MARTÍN (2013) p. 83.

la pura actitud interna (*Gesinnungssinkriminierung*) que alberga la interpretación de estos preceptos como “delitos de clima”. O dicho con otras palabras: el adelantamiento de barreras punitivas que representa la incriminación de una “provocación” a conductas no necesariamente delictivas (discriminación, violencia) e incluso a sentimientos (odio), o la mera negación o justificación de hechos históricos de genocidio, tensiona al máximo el conflicto entre el interés que se pretende tutelar y el legítimo ámbito de ejercicio de las libertades de expresión e ideológica en el marco de un derecho penal conforme al modelo del Estado social y democrático de Derecho”⁷⁵.

Entiendo que la negación del Holocausto sería en sí el mecanismo o medio para cultivar y fomentar un clima psíquico entre la población de hostilidad u odio contra el colectivo judío en la medida en que cada vez que se niega la existencia de las cámaras de gas en los campos de concentración nazis o se tacha a los judíos de querer ser siempre las víctimas de la historia se está contribuyendo de forma efectiva a alimentar un desprecio en perjuicio de este grupo que, con el tiempo, puede llegar a materializarse en acciones violentas o discriminatorias.

En este sentido, ya la STC 214/1991, de 11 de noviembre (MP: Vicente Gimeno Sendra) concluyó que “se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”.

En suma, opino que nuestro Código Penal no ha tipificado como delito una simple ideología indeseable o una visión de la historia menos ortodoxa contraria a la versión oficial de los hechos sino ese acto de promoción o favorecimiento de un clima de hostilidad, discriminación violencia u odio contra el colectivo judío.

4. El Caso de la Librería Europa

4.1. Hechos

Desde el mes de junio de 1996, Pedro Varela Geiss, propietario y titular de la Librería Europa, vendió, distribuyó e hizo difusión de forma habitual y continuada de libros, carteles y cartas, entre otros materiales, en los que se negaba, trivializaba o justificaba, de forma reiterada, los crímenes cometidos por el régimen nazi contra el pueblo judío a lo largo de la Segunda Guerra Mundial y el III *Reich*.

⁷⁵ LANDA GOROSTIZA (1999) p. 702.

4.2. Procedimiento ante la jurisdicción ordinaria

El 17 de diciembre de 1997, el Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra Pedro Varela Geiss como presunto autor de un delito continuado de genocidio, previsto y penado en el artículo 607.2 CP, y de otro delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, tipificado en el artículo 510.1 CP. También se personaron en la causa, en calidad de acusadores particulares, la Comunidad Israelita de Barcelona y dos organizaciones no gubernamentales contra el racismo, “SOS Racisme Catalunya” y “ATID”, que presentaron escrito de acusación el 22 de enero de 1998, con similares imputaciones.

Con fecha de 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona dictó sentencia en la que condenaba a Pedro Varela Geiss como autor de un delito del artículo 607.2 CP a la pena de dos años de prisión y a otros tres años por la comisión de un delito del artículo 510.1 CP.

La representación del condenado interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia condenatoria. Con carácter previo a su resolución, la Sección nº3 de la Audiencia Provincial de Barcelona decidió, por Auto de 9 de junio de 1999, plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por la posible colisión que la tipificación de la negación y la justificación del genocidio podía tener con el derecho fundamental a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20.1 CE. Fue inadmitida a trámite por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2000. No obstante, la Sección nº3 de la Audiencia Provincial de Barcelona volvió a presentar, por Auto de 14 de septiembre de 2000, otra cuestión de inconstitucional en los mismos términos que la primera, siendo esta vez admitida a trámite.

4.3. Procedimiento ante la jurisdicción constitucional: la STC 235/2007, de 7 de noviembre (MP: Eugeni Gay Montalvo)

En este trascendental pronunciamiento, el Tribunal Constitucional subraya, remitiéndose a su anterior jurisprudencia, en concreto la STC 174/2006, de 5 de junio (MP: Roberto García-Calvo y Montiel), que el derecho a la libertad de expresión; considerado “uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”, comprende la libertad de crítica, “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (...)”. En ese mismo sentido, “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o una parte cualquiera de la población” (STEDH de Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997).

Ahora bien, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Así lo resalta el Alto Tribunal en el FJ 5 cuando excluye del amparo de este derecho las “manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista y xenófobo”. Asimismo, y en consonancia con los límites fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en relación con el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), el Tribunal

Constitucional descarta de la cobertura de la libertad de expresión al llamado “discurso del odio”.

Otra matización, en absoluto baladí, que el Tribunal Constitucional efectúa, es que “el odio y el desprecio a todo un pueblo o etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana”. 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”.

Es en el FJ 6 donde el Alto Tribunal entra ya a analizar la posible incompatibilidad del precepto controvertido con el derecho a la libertad de expresión, partiendo de una interpretación literal del artículo 607.2 CP que comprende dos modalidades de conducta típica: la negación y la justificación del genocidio.

Por lo que respecta a la primera modalidad, el TC entiende que el delito de negación del genocidio castiga una mera difusión de ideas o doctrinas “neutra”, en tanto que el tipo penal no incluye un elemento subjetivo adicional de incitación directa o indirecta a cometer genocidio, de proselitismo xenófobo o racista o de menosprecio a un determinado colectivo social. Por tanto, la mera negación del genocidio sería, a ojos del Tribunal, una conducta “neutra” que vendría a estar amparada por el derecho a la libertad de expresión, “con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones pueden causar”.

La mera negación de un delito de genocidio no entraría, siquiera, dentro del concepto “discurso del odio”, en tanto que no supone una “incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias” (STEDH *Erdogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999).

No puede afirmarse, y así lo manifiesta el Alto Tribunal, que “toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima 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”. La conducta típica no constituiría, ni tan siquiera, “un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión”.

Por ende, el Tribunal Constitucional entiende que la constitucionalidad del artículo 607.2 CP pretende sostenerse en un elemento tendencial inapreciable de la literalidad del precepto, como es la creación de una “actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado” o la incitación indirecta a la comisión del genocidio. Añadir nuevos elementos al precepto controvertido a fin de asegurar la efectividad del principio de conservación de las normas significaría, y así lo entiende el Tribunal Constitucional, rebasar los límites de su tenor literal⁷⁶.

⁷⁶ Sobre el conflicto entre la inclusión de elementos inexistentes en el contenido de la norma jurídica y la transgresión de la literalidad del precepto, María Lidia Suárez entiende en este caso que “incluir el elemento intencional no supone, al contrario de lo que dice el Tribunal Constitucional, desfigurar el precepto legal cuestionado, lo que sería *a priori* un asunto de legalidad ordinaria, pues no es admisible entender que el legislador penal pretenda castigar la mera exposición aséptica de unos hechos históricos desprovistas de cualquier

Cuestión diferente es la difusión de ideas que justifiquen el genocidio. Aquí el Alto Tribunal sí que propugna que la tipificación de esta conducta es compatible con el derecho a la libertad de expresión, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a la comisión de alguna de las conductas contempladas en el artículo 607.1 CP como delito de genocidio, a pesar de que tampoco pueda apreciarse este elemento del tenor literal del artículo 607.2 CP.

A diferencia de la difusión de ideas que nieguen el genocidio, en su justificación, en la medida en que se trata de la expresión de un juicio de valor, sí es posible apreciar este elemento tendencial que “afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona”.

En resumidas cuentas, el Tribunal Constitucional acaba por declarar inconstitucional el inciso “nieguen” del artículo 607.2 CP al entender que la negación del genocidio, en tanto que no enaltezca o incite la comisión de este delito o revista un carácter vejatorio o insultante, constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Es decir, la tipificación de la mera negación del genocidio es incompatible con el artículo 20.1 CE. No llega a la misma conclusión en lo que respecta a la conducta tendente a difundir ideas que justifiquen el genocidio, que sí considera compatible con el artículo 20.1 CE, siempre y cuando suponga una incitación indirecta a la comisión de este tipo de actos, aun a pesar de que la literalidad del artículo 607.2 CP nada diga al respecto.

La STC 235/2007, de 7 de noviembre estuvo, sin embargo, lejos de ser una resolución unánime. Se emitieron un total de cuatro votos particulares por los magistrados Roberto García-Calvo Montiel, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala Sánchez. Veamos, *grosso modo*, cuáles fueron sus argumentos.

En primer lugar, el magistrado Roberto García-Calvo Montiel opina que el artículo 607.2 CP no carece de contenido en tanto que “trata de condenar 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”. Desde su punto de vista, el delito de negación del genocidio estaría incluido dentro de la categoría de delito de peligro abstracto cuya naturaleza se contrapone “al peligro concreto que representa el tiro en la nuca, el coche bomba o la expulsión del territorio para determinadas clases de personas”.

Por su parte, el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez lamenta que el nombre de España se difumine de la lista de honor de países cuya legislación criminaliza las conductas que niegan o trivializan el genocidio. Asimismo, este magistrado alerta del riesgo de la presencia de “grupos antipluralistas”, no únicamente antisemitas, que pueden constituir un “peligro presente y claro” en una nueva Unión Europea formada por quinientos millones de seres humanos. De ahí “el acierto de la tipificación de las diferentes formas de genocidio en el artículo 607.1 CP y la consecuente punición de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen tales delitos

intencionalidad y sin ningún tipo de apasionamiento, lo que sí constituiría una restricción abusiva de la libertad de expresión”. SUÁREZ ESPINA (2008) p. 4.

en el artículo 607.2 CP”.

El voto particular del magistrado Ramón Rodríguez Arribas defiende que el llamado “negacionismo” es, en sí mismo, “un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron”. En su opinión, el artículo 607.2 CP vendría a proteger a la sociedad de aquellos comportamientos generadores de un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, “pudiera concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa”. Este magistrado no pretende, y así lo esclarece, favorecer la fórmula de una “democracia militante”, pero sí “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 (...)”.

Por último, el magistrado Pascual Sala Sánchez resalta una relevante incoherencia en la STC 235/2007, de 7 de noviembre: que se aprecie ese elemento tendencial de incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio en aquella conducta por la que cual se haga difusión de ideas que justifiquen este delito, a fin de salvar su constitucionalidad y, en cambio, que no se haga lo mismo con la negación. Este voto particular opina, pues, que es incomprensible que la interpretación que se hace de la justificación del genocidio se considere inadecuada en la conducta consistente en su negación.

Tras este pronunciamiento, la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia del 5 de marzo de 2008, absolvió a Pedro Varela Geiss del delito previsto en el artículo 510.1 CP y le condenó a siete meses de prisión por un delito de justificación del genocidio⁷⁷.

Con posterioridad al rechazo por la Audiencia de un escrito planteado a efectos de promover el incidente de nulidad de actuaciones⁷⁸, el condenado interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), principio de legalidad (artículo 25 CE), libertad de pensamiento (artículo 16 CE) y libertad de expresión (artículo 20 CE), que fue inadmitido por decisión de 22 de abril de 2009.

⁷⁷ Pedro Varela Geiss no llegó a entrar en prisión ya que obtuvo la suspensión de la pena por carecer de antecedentes penales y haber sido condenado a una pena inferior a dos años (artículo 81 CP). Ahora bien, fue condenado en mayo de 2010 por la Audiencia Provincial de Barcelona a 1 año y 3 meses de prisión como autor de un delito de difusión de ideas genocidas y un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas en la Constitución en un segundo procedimiento incoado contra él. Solicitó la suspensión de la pena impuesta al Juzgado de lo Penal nº 15, encargado de su ejecución, pero su solicitud fue rechazada al haber sido condenado en 2008 a siete meses de prisión (no cumplía, pues, con el requisito de “delincuente primario” exigido por el artículo 81 CP), por lo que tuvo que ingresar en prisión el 12 de diciembre de 2010. Tras cumplir los 15 meses de condena, Pedro Varela salió del centro penitenciario de Brians el 12 de marzo de 2012.

⁷⁸ Desde el año 2007 es un requisito para acceder al recurso de amparo aunque a partir de la STC 216/2013, de 19 de diciembre (MP: Enrique López y López) se excluye en determinadas ocasiones.

4.4. Procedimiento ante la jurisdicción comunitaria: la STEDH de 5 de marzo de 2013 Asunto “Varela Geiss c. España”

El día 9 de noviembre de 2009, la representación de Pedro Varela Geiss interpuso, al amparo del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), una demanda contra España ante el TEDH.

El condenado se quejaba, por un lado, de haber sido condenado en apelación por un delito que no era el objeto de la acusación, ni el de su condena en primera instancia, lo que, a su juicio, vulneraba el artículo 6.1 y 3 a) y b) del CEDH⁷⁹. Por otro lado, también entendió que su condena vulneraba su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, garantizado en los artículos 9 y 10 del CEDH.

El TEDH estimó parcialmente la demanda planteada y condenó a España a pagarle la suma de 13.000 euros (8.000 euros por daños morales y 5.000 por gastos y costas) por violación del artículo 6.1 y 3 a) y b) del CEDH. Es decir, Estrasburgo concluyó que el derecho de defensa del condenado fue vulnerado pero no llegó a la misma conclusión en cuanto a lo que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión se refiere. Entraré a analizar esta última cuestión que es, en definitiva, la que interesa a efectos de este trabajo.

El demandante argumentó, con base en la STEDH de 23 de septiembre de 1994 “Jersild c. Dinamarca”, que en su caso no procedía la aplicación de la noción “discurso del odio” ya que su librería únicamente se dedicaba a vender obras que presentaban una particular visión de la historia u opiniones de los protagonistas del lado alemán. Además, sostuvo que lo único que hizo fue dirigir una actividad comercial de carácter especializado y consideró, pues, desproporcionado haber sido condenado por vender libros no prohibidos que están al alcance del público en otros establecimientos.

El TEDH ni siquiera entró a examinar la posible vulneración de los artículos 9 y 10 del CEDH. Lo único que manifestó es que, dada la estrecha relación entre los agravios alegados y los perjuicios planteados conforme al artículo 6 del CEDH y habida cuenta del reconocimiento relativo en cuanto a la vulneración de este precepto, no cabía entrar a analizar la violación de las disposiciones mencionadas.

De todas formas, si el TEDH se hubiera pronunciado sobre este aspecto controvertido, entiendo que tampoco hubiera acabado declarando violatorio de los artículos 9 y 10 del CEDH la condena impuesta ya que, o bien hubiera enmarcado este caso dentro del concepto “discurso del odio”, excluido por la jurisprudencia comunitaria del amparo del derecho a la libertad de expresión, o bien hubiera concluido que Pedro Varela llevó a cabo un ejercicio abusivo y extralimitado de este derecho, algo que el artículo 17 del CEDH prohíbe.

⁷⁹ Este precepto protege los derechos del reo a un juicio justo en un plazo razonable y a ser informado de los hechos de los que se le acusa para poder preparar una defensa adecuada.

5. La incidencia de la futura reforma del Código Penal en la negación del Holocausto

El 4 de octubre de 2013 fue publicado en el BOE el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el vigente Código Penal. De entre las novedades aportadas por la futura reforma, la reintroducción de la tipificación de toda conducta que niegue un delito de genocidio, aun con algunos cambios significativos, ha sido sin duda una de las más trascendentales y comentadas.

La medida fue inmediatamente aplaudida por la Federación de Comunidades Judías de España (FCJE) y diversas organizaciones no gubernamentales, plataformas y asociaciones en contra del racismo y la xenofobia, como Movimiento contra la Intolerancia, que, desde hacía tiempo, venían reclamando una seria reforma de la normativa penal para combatir las corrientes negacionistas aún presentes no sólo en España sino también en otros países del entorno comunitario (Alemania, Francia, Austria, Grecia...) e internacional (Irán, por ejemplo).

La nueva reforma dota de una nueva regulación a la materia con base, principalmente, en dos fuentes del derecho: una negativa (STC 235/2007, de 7 de noviembre) y una positiva (Decisión Marco 2008/913/JAI), tal y como puede desprenderse del apartado XXVII de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica.

Por un lado, recordemos que la STC 235/2007, de 7 de noviembre declaró violatorio del derecho a la libertad de expresión la tipificación de la mera negación del genocidio, siempre que no enaltezca o incite la comisión de este delito o contenga expresiones insultantes o vejatorias. El mero negacionismo era calificado como una conducta “neutra” que, ni siquiera, podía entrar dentro del concepto de “discurso del odio”.

Esta vez, la reforma del Código Penal, acorde con la doctrina constitucional, incluye en el tipo penal aquel elemento subjetivo que el Alto Tribunal no apreció del tenor literal de la antigua redacción: el de incitación a la hostilidad o el odio. En efecto, ahora el Código Penal dejará claro que la mera negación del genocidio no es punible y que será necesario que la conducta, para poder ser castigada, promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Por ende, queda resuelta la problemática a la que tuvo que hacer frente el Tribunal Constitucional en 2007 de no hallarse en el articulado alusión alguna a este elemento tendencial.

En el contexto normativo europeo, algunos países sólo castigan la mera negación del genocidio (Francia, Bélgica...) mientras que muchos otros ni siquiera prevén en sus legislaciones la penalización de esta conducta (Italia, Grecia, Portugal, Dinamarca, entre otros). Con la incorporación de este elemento subjetivo adicional como exigencia para poder reputar punible aquella conducta que niegue el genocidio, España adopta una respuesta jurídico-penal híbrida a un fenómeno social no aislado y de innegable gravedad.

No es de extrañar que con la futura reforma, el artículo 607.2 CP desaparezca y que su redacción pase a ubicarse en el artículo 510 CP con un nuevo contenido, por lo que ahora ambas conductas,

la del 607.2 CP y del 510 CP, se regularán conjuntamente.

De antemano, impresiona la amplia regulación que se le ha dado al artículo 510 CP en comparación con la actual. El futuro artículo 510 CP, en su primer apartado, ya no sólo castigará, con penas de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses, las acciones que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un grupo o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión o etnia o la difusión de escritos, imágenes u otros materiales con ese fin. También hará lo mismo con la negación, la trivialización y el enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra la mismos.

A estas conductas se les suma el castigo, en el segundo apartado del precepto, con penas de uno a dos años de prisión, de los actos de humillación o menosprecio de los grupos a los que se ha hecho referencia y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de preverse una agravante cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia.

Otra relevante novedad, que seguramente ya se habrá podido detectar en mi anterior explicación, es el endurecimiento de las penas previstas en la nueva regulación. Antes de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, el artículo 607.2 CP castigaba la negación del genocidio con penas de uno a dos años de prisión mientras que la redacción del proyectado artículo 510 CP configurará el marco punitivo de esta misma conducta entre uno y cuatro años, más la correspondiente multa.

Por otro lado, la transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal salda una deuda que España tenía con Europa desde hacía más de cinco años. Esta norma jurídica comunitaria fue impulsada para “definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados Miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales o que sean responsables de los mismos” (Quinto considerando de la Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008).

Una lectura rápida de su contenido permite fácilmente detectar que este instrumento europeo para la lucha contra el racismo y la xenofobia ha sido sin duda uno de los ejes vertebradores de la reforma del Código Penal en esta materia. España se une, pues, a la lista de Estados Miembros que, de forma coordinada y uniforme, trabajan para frenar la vorágine de este fenómeno alarmantemente en expansión.

Prosiguiendo con el desglose del artículo 510 CP, su tercer y cuarto apartado preverán dos

agravantes de la pena inexistentes en la redacción actual: por un lado, una para los supuestos en que se cometan los delitos del primer y segundo apartado a través de Internet u otros medios de comunicación social, y por otro lado, otra agravante para cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

Llegados a este punto me gustaría poner un especial énfasis en la agravante prevista para la comisión de este tipo de delitos a través de la red u otros medios de comunicación social a propósito del Informe Raxen 2012 elaborado por Movimiento contra la Intolerancia.

Según este informe, la expansión en Internet del llamado “ciberodio” es un hecho más que evidente hoy en día. Organizaciones neonazis y extremistas acuden a la red como medio para negar el Holocausto, distribuir su propaganda e incitar a la comisión de delitos de odio, generándose un caldo de cultivo 2.0 que en nada ayuda a mitigar el clima de hostilidad y violencia hacia determinadas minorías.

Desde 1995, con la creación del primer portal internacional del neonazismo, STORMFRONT⁸⁰, el número de blogs, webs, foros, chats... con contenido antisemita y xenófobo no ha hecho más que aumentar. Se estima que en la actualidad existen más de 10.000 webs que promueven el odio a nivel internacional⁸¹. Sin ir más lejos, el Juzgado de lo Penal nº7 de Barcelona condenó el 19 de febrero de 2014 al responsable de la dirección, administración, gestión, control y mantenimiento de una página web con formato de blog personal (www.denunciascivicas.com) cuyo cometido era el de difundir entre los usuarios de Internet documentos, imágenes, videos, noticias y opiniones de carácter denigrativo, ofensivo y vejatorio contra musulmanes, judíos, entre otras minorías.

Del mismo modo, redes sociales, como Facebook o Twitter, se han convertido paulatinamente en una herramienta más que utilizada por grupos racistas y xenófobos para promocionarse y divulgar contenidos incitadores del odio, la violencia y la hostilidad hacia colectivos vulnerables.

No hay que perder de vista, además, el quinto apartado del artículo 510 CP, que habilitará a los jueces y tribunales a acordar la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido, así como a la retirada de los contenidos cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación. Igualmente, en los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, el juez o tribunal podrá ordenar el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

Por último, de forma armonizada con el resto de legislaciones nacionales del entorno

⁸⁰ www.stormfront.org

⁸¹ Datos aportados por el Informe de 2009 del Centro Simon Wiesenthal.

comunitario, se crean los artículos 510bis y 510ter CP.

El artículo 510bis CP preverá una agravante cuando los hechos fueran cometidos por quienes pertenecieran a una organización delictiva, aunque fuera de carácter transitorio.

Por su parte, el artículo 510ter CP, conforme a las pautas marcadas por la Decisión Marco 2008/913/JAI, en concreto sus artículos 5 y siguientes, y a la derogación del principio *societas delinquere non potest* por la LO 5/2010, castigará también a las personas jurídicas, que puedan ser consideradas responsables de la comisión de este tipo de delitos, con la pena de multa de dos a cinco años, sin perjuicio de que los jueces y tribunales puedan asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis CP. Por lo tanto, tanto las personas físicas como las jurídicas podrán ser responsables del delito de negación del genocidio.

Desde mi punto de vista, el artículo 510ter CP responde también a una clara casuística jurisprudencial precedente, que no es otra que la de los casos de la “Librería Europa” y de la “Librería Kalki”⁸², a fin de castigar, no sólo al propietario del establecimiento o al editor de los libros sino, asimismo, a la propia librería, a través de la pena de multa, disolución, entre otras y, así, evitar la continuación de su actividad y, con ella, la perpetración del delito.

6. Derecho comparado

6.1. Francia y la Loi Gayssot de 1990

En pleno auge de las corrientes revisionistas y ante el considerable éxito aunado por el partido ultraderechista francés *Front National* de Jean-Marie Le Pen, el por entonces diputado socialista francés Jean-Claude Gayssot, con la ayuda y apoyo del Presidente de la Asamblea Nacional de Francia, Laurent Fabius, impulsó una ley de cuño anti-racista y anti-negacionista promulgada el 13 de julio de 1990, con el mismo nombre que su proponente⁸³.

La polémica *Loi Gayssot*⁸⁴, votada por una amplia mayoría en las dos cámaras del Parlamento francés, “inserta en la ley general de 1881 sobre la prensa un artículo, el 24bis, que prevé, para quienes pusieran en duda la existencia de crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis durante la 2ª Guerra Mundial, penas idénticas a las que castigan el odio o la discriminación racial”⁸⁵, que ascienden a los cinco años de prisión más multa por valor de 45.000 euros. El texto reza así:

⁸² STS, 2ª, 12 abril 2011 (RJ 5727).

⁸³ JOSEPHS (2008) pp. 18 y ss.

⁸⁴ Ley francesa nº 90-615 del 13 de julio de 1990 destinada a reprimir todo propósito racista, antisemita o xenófobo.

⁸⁵ TROPER (1999) p. 1239.

“Serán sancionados con las penas previstas en el sexto párrafo del artículo 24 aquellos que, por uno de los medios establecidos en el artículo 23, pongan en duda la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal como se encuentran definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945⁸⁶ y que hubieren sido cometidos, ya sea por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 del indicado estatuto, sea por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional”⁸⁷.

Francia se ha dotado, pues, de una normativa específica para castigar el negacionismo, acorde a otros países del entorno.

Ahora bien, años atrás el legislador francés ya promovió otras acciones legislativas encaminadas a criminalizar actos racistas y xenófobos. Por ejemplo, el 21 de abril de 1939 se promulgó un decreto, apodado *Loi Marchandeuau*, que incriminaba las injurias y difamaciones racistas y el 1 de julio de 1971 se aprobó una normativa que añadió a la ley de prensa de 1881 un artículo, el 23, que castigaba la provocación al odio y la discriminación racial.

Es cierto que antes de 1990 la legislación francesa disponía de mecanismos para castigar al revisionismo histórico⁸⁸. Pero con la *Loi Gayssot*, Francia, país de origen del primer historiador revisionista, introdujo por primera vez en su ordenamiento jurídico una legislación que penalizaba específicamente la negación del Holocausto, satisfaciendo así los anhelos de una comunidad judía francesa que durante un prolongado periodo esperó a que el legislador se dotara de un instrumento jurídico eficaz para luchar contra la existencia de estas vertientes pseudohistóricas.

El artículo 24bis de la ley de prensa de 1881, en remisión al artículo 23, establece las siguientes modalidades de realización de la conducta: por medio de impresión u otros medios de comunicación posible. El margen del que dispone el juez francés para castigar esta clase de conductas es, por tanto, verdaderamente amplio.

Un aspecto que puede llegar a sorprender de la *Loi Gayssot* es que penaliza única y exclusivamente el revisionismo histórico referente a los crímenes y atrocidades cometidas por el

⁸⁶ “A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”.

⁸⁷ *Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annéxé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.*

⁸⁸ A título ejemplificativo, Maurice Bardèche fue condenado en 1948 como autor de un delito de apología del crimen por su obra *Nuremberg ou la Terre promise*.

régimen nacional-socialista durante la 2ª Guerra Mundial. ¿Quiero esto decir que en Francia es posible acabar en prisión por negar el Holocausto judío y no por hacer lo mismo con otros genocidios cometidos a lo largo de la historia? A la luz del último pronunciamiento del Consejo Constitucional de Francia, parece que la respuesta a esa pregunta debe ser afirmativa. En efecto, el 28 de febrero de 2012 el Consejo Constitucional francés⁸⁹ declaró inconstitucional una ley aprobada el 22 de enero de 2012 por la Cámara Alta del Parlamento que castigaba la negación o “minimización escandalosa” del genocidio armenio (1915-1917),-con hasta un año de cárcel y 45.000 euros de multa-, por considerarla violatoria de los derechos a la libertad de expresión y de comunicación de los ciudadanos⁹⁰. Por lo tanto, de momento, en Francia sólo se puede castigar a aquél que ataque las conclusiones y el veredicto de los Tribunales de Núremberg y la existencia del *Shoa* en sí.

Además, la legislación francesa se limita a castigar la negación del Holocausto, no en cambio otras conductas como su trivialización o justificación, con penas realmente severas: hasta cinco años de prisión más la correspondiente multa.

En resumidas cuentas, la *Loi Gayssot* se diferenciaría de nuestra normativa en los siguientes aspectos:

- 1) Francia, en consonancia con otros países europeos, posee una ley específica para sancionar el negacionismo, a diferencia de España, cuya tendencia codificadora empujó al legislador español a introducir simplemente una disposición específica en el Código Penal.
- 2) Ambas legislaciones difieren entre sí en que en nuestro Código Penal no se hace una referencia expresa al genocidio nazi, lo que permite ampliar la sanción a la negación de otros genocidios, como el ruandés o el armenio. En Francia, en cambio, sólo es posible castigar el negacionismo del *Shoah*.
- 3) La *Loi Gayssot* castiga únicamente la negación del Holocausto, no su trivialización o justificación, en contraposición a España en que se castigan las tres conductas.
- 4) Mientras el artículo 607.2 CP prevé unas penas de entre uno a dos años de prisión, la *Loi Gayssot* castiga el negacionismo con penas mucho más estrictas: hasta cinco años de prisión más la correspondiente multa.

Aun así, existe entre ambas una similitud: tanto en una como en otra los medios por los que se pueden cometer las conductas penalmente relevantes son particularmente amplios.

Como era casi de esperar, numerosos historiadores, juristas y políticos franceses afines a la doctrina norteamericana más defensora del *free speech* han tachado a la ley francesa de vulneradora del derecho a la libertad de expresión, la libertad de prensa e incluso la libertad de

⁸⁹ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

⁹⁰ El Gobierno francés está preparándose para introducir un nuevo proyecto de ley que criminalizará la negación del genocidio sufrido por el pueblo armenio, proyecto que se espera que sea aprobado en 2015.

investigación científica. Como resalta Sévane Garibian: “más de 15 años después de la adopción de la *Loi Gayssot*, todavía encontramos un debate que enfrenta a parlamentarios, académicos y/o juristas así como historiadores”⁹¹. Las líneas argumentativas de este sector reticente a la desarrollada normativa han sido, básicamente, dos: la elevación a dogma y verdad absoluta de la versión oficial del Holocausto y el permitir a los jueces inmiscuirse en la tarea de los historiadores.

Robert Faurisson⁹² llegó incluso hasta el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 1996⁹³ para denunciar la *Loi Gayssot* por menoscabar su libertad de expresión y su libertad académica y entender que esta ley constituía “una censura inaceptable que obstaculiza y penaliza la investigación histórica”. El Comité fue claro al respecto: “la restricción impuesta a la libertad de expresión del Sr. Faurisson era necesaria en el contexto del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, precepto que sujeta el derecho a la libertad de expresión a ciertas restricciones para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

6.2. Alemania y el artículo 130.3 del Strafgesetzbuch

El oscuro pasado de Alemania, escenario principal de la acción del régimen nazi a lo largo de la 2ª Guerra Mundial, dejó sin duda una profunda huella en la sociedad civil germana y en su cultura jurídica. Por eso mismo, y a fin de evitar el resurgimiento de las barbaries engendradas durante ese corto pero imborrable periodo, este país adoptó, en contraposición a España⁹⁴, un modelo de democracia militante (*streitbare Demokratie*), “basado en la idea de que el Estado debe defender la democracia de sus enemigos, que no aceptan las reglas de juego democrático y pretenden subvertirlas”⁹⁵.

En materia normativa, el Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*) ha ido incorporando a lo largo de los años un extenso abanico de conductas reconducibles al negacionismo, tales como la apología del delito (artículo 140 StGB: *Billigung von Straftaten*), el vilipendio de la memoria de los difuntos (artículo 189 StGB: *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*) o la injuria y la difamación contra personas individuales, colectividades organizadas o categorías de personas no organizadas (artículo 185 StGB: *Beleidigung*, artículo 186 StGB: *Verleumdung*)⁹⁶. Pero, ¿existe

⁹¹ GARIBIAN (2012) p. 56.

⁹² Historiador revisionista de doble nacionalidad británica y francesa autor de escritos como *Memóire en défense contre ceux qui m'accusent de falsifier l'histoire* o *Écrits révisionnistes*.

⁹³ Faurisson c. Francia, Comunicación n° 550/1993: Francia. 16/12/96. CCPR/C/58/D/550/1993.

⁹⁴ Véase STC 48/2003, de 12 de marzo (MP: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera), FJ 7.

⁹⁵ BILBAO UBILLOS (2008) p. 21.

⁹⁶ LUTHER (2008) “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, Traducción de Francisco Javier Durán Ruiz; *Texto de la Ponencia pronunciada en el Congreso “Historia, verdad, derecho” organizada por la Sociedad Italiana para el Estudio de la Historia en la Universidad de la Sapienza de Roma el 4 de abril de 2008*. Accesible en

alguna disposición en el Código Penal alemán que castigue expresamente el revisionismo histórico?

El 30 de junio de 1960, a raíz de unos altercados de contenido anti-semita, como la profanación de una sinagoga o las pintadas en Köln de esvásticas y mensajes anti-judíos durante la Navidad de 1959, y el preocupante crecimiento de discursos e ideales post-bélicos de cuño nacional-socialista, el *Bundestag* decidió introducir un nuevo artículo 130 en el *Strafgesetzbuch* para castigar la “incitación a la población” (*Volksverhetzung*)⁹⁷.

Tiempo después, con el aumento de las acciones violentas y propagandísticas de extrema-derecha, el 13 de junio de 1985 el legislador alemán se vio obligado a impulsar una nueva reforma que acabaría por introducir en el Código Penal un polémico artículo 194 que criminalizaría la “Mentira de Auschwitz” (*Auschwitzlüge*), aunque sólo como ofensa a particular, por lo que era necesario para perseguir el delito denuncia previa del perjudicado⁹⁸.

No sería hasta la reforma del 28 de octubre de 1994, a través de la promulgación de la Ley de lucha contra la criminalidad (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*)⁹⁹, impulsada como consecuencia de la repercusión del proceso judicial iniciado en 1992 contra el presidente del partido político *NPD*¹⁰⁰, cuando se añadiría el actual párrafo tercero en el artículo 130 del *Strafgesetzbuch*¹⁰¹, siendo lo más relevante “su definición como delito perseguible de oficio (por la propia Fiscalía), sin necesidad de denuncia previa por parte de los ofendidos”¹⁰². El precepto prescribe lo siguiente:

“Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice un hecho de la índole señalada cometido bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el § 220a inciso 112¹⁰³, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública. También se sancionan las publicaciones que se realicen en conformidad con lo señalado en el inciso 3”¹⁰⁴.

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm>. Último acceso el día 3 de marzo de 2014.

⁹⁷ LANDA GOROSTIZA (1996) pp. 540 y ss.

⁹⁸ *Supra*, pp. 548 y ss.

⁹⁹ *Supra*, pp. 559 y ss.

¹⁰⁰ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*.

¹⁰¹ Este párrafo reproduce el contenido del precedente artículo 194 con algunas importantes modificaciones.

¹⁰² BILBAO UBILLOS (2008) p. 22.

¹⁰³ Sobre el delito de genocidio.

¹⁰⁴ *Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.*

Alemania añadió, mediante una ley especial, una disposición específica en el Código Penal para castigar el negacionismo. Ahora bien, el precepto sólo castiga la negación del Holocausto, no en cambio la de otros genocidios, al haberse efectuado en el articulado referencia expresa a los delitos cometidos por el régimen nacional-socialista.

El artículo 130.3 StGB acoge una definición de la conducta punible particularmente extensa, no centrándose únicamente en la negación del genocidio judío. Son penalmente relevantes, además, los discursos o expresiones que aprueben la comisión de estos hechos deplorables, dándose a los mismos un contenido positivo, y su minimización, es decir, que, por ejemplo, se defienda que no se asesinaron 6 millones de judíos sino que la cifra no fue superior a los 200.000.

Nótese que en el Código Penal alemán se echa en falta el castigo explícito de la justificación del *Shoah*. Sin embargo, una justificación en Alemania del Holocausto judío podría llegar a reconducirse mediante el término “apruebe”, presente en el precepto analizado, y acabar siendo castigada. A mi modo de ver, sería ilógico, de hecho, que se penalizara la negación y no su justificación. La última de estas conductas no sólo es reprochable desde un punto de vista moral sino que, además, entraña unas declaraciones de una gravedad de proporciones mucho mayores que la negación ya que con la justificación uno no debate la existencia de unos hechos sino que muestra su apoyo y ve como justo los mismos, desplegando, junto a ello, un argumentario, más o menos fundamentado, para defenderlos.

Para que cualquiera de estas conductas pueda tener algún tipo de relevancia jurídico-penal, el artículo 130.3 StGB exige “que sea apropiada para perturbar la paz pública”. Es decir, no se castiga el mero discurso negacionista sino que es necesario que concurra este elemento subjetivo para plantear su punibilidad.

También se exige que las expresiones se hagan públicamente o en una reunión pública, lo que impediría castigar a aquellas que se efectúen en el puro ámbito privado, no en cambio a las que se manifiesten en las redes sociales, platós de televisión o mítines políticos, por ejemplo.

Por lo que respecta a las penas previstas en el precepto van hasta los cinco años de prisión más la correspondiente pena de multa.

Llegados a este punto, ¿cuáles son las diferencias que separan la normativa alemana y española y las similitudes que las unen? Empecemos con las diferencias:

- 1) Si bien en ambos países la punición del negacionismo fue incorporada a través de una disposición específica en el Código Penal, en Alemania dicha incorporación se realizó mediante una ley especial.
- 2) Al igual que en Francia, Alemania no castiga la negación de otros genocidios, como el de Armenia o el de Srebrenica, sólo el Holocausto, en contraposición a España, en que sí es posible reprimir penalmente los discursos o expresiones que nieguen la existencia de todos estos genocidios.

- 3) A pesar de que en Alemania no sólo se tipifica la negación del genocidio judío sino también su aprobación o minimización, se echa en falta el castigo de su justificación, conducta que sí es acogida en el artículo 607.2 CP. Aunque, como se ha apuntado, podría ser reconducida con el término “apruebe” previsto en el precepto.
- 4) Las consecuencias jurídico-penales previstas en el artículo 130.3 StGB, idénticas que las de la *Loi Gayssot*, son mucho más severas que las del artículo 607.2 CP: hasta cinco años de prisión más la correspondiente multa.

En cuanto a las similitudes, existen básicamente dos:

- 1) Tanto en Alemania como en España la negación del Holocausto fue tipificada mediante una disposición específica en el Código Penal.
- 2) Con la reforma proyectada de nuestro Código Penal el mero discurso negacionista dejará de ser punible, al igual que en Alemania, en que se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo para castigar la conducta: que sea apropiada para perturbar la paz pública.

La casuística jurisprudencial alemana sobre la aplicación del artículo 130.3 StGB no ha sido, en absoluto, anecdótica y puntual, como si lo ha sido la española en relación con el artículo 607.2 CP. Diversos procesos judiciales han tenido lugar en Alemania a raíz de la comisión de estas conductas típicas.

Uno de los más trascendentales y recientes fue el iniciado contra el escritor negacionista Ernst Zündel¹⁰⁵, condenado en el año 2007 a cinco años de prisión por 14 cargos de incitación a la negación del Holocausto, no siendo ésta la primera de sus sentencias condenatorias.¹⁰⁶

También algunas personalidades políticas se han visto involucradas en un proceso judicial por negar el Holocausto judío. Véase la condena a dos años y nueve meses de cárcel por incitación a la violencia del neonazi Gerhard Ittner, miembro del partido político *DVU*¹⁰⁷, hoy en día en coalición con el *NPD*, que entre 2002 y 2004 usó Internet para difundir propaganda de extrema-derecha y antisemita.

6.3. Austria y el artículo 3h del Verbotsgesetz

Justo al finalizar la 2ª Guerra Mundial, el gobierno provisional austríaco promulgó el 8 de mayo de 1945 un primer modelo de la llamada Ley de Prohibición del Nacional-Socialismo (*Verbotsgesetz*) que, junto a la posterior Ley sobre crímenes de guerra y otros crímenes del

¹⁰⁵ Autor del libro *The Hitler we love and why*.

¹⁰⁶ A modo de ejemplo, en 1985 fue juzgado en Canadá como consecuencia de la publicación de su obra *Did Six Millions Really Die?*

¹⁰⁷ *Deutsche Volksunion*.

Nacional-Socialismo (*Kriegsverbrechergesetz*) de 26 de junio de 1945, buscaba iniciar un proceso de desnazificación y frenar cualquier intento de reavivar el nacional-socialismo en Austria¹⁰⁸.

Esta ley fue reformada en diversas ocasiones a lo largo de los años¹⁰⁹, la última vez el 26 de febrero de 1992, con la incorporación de los presentes artículos 3g y 3h.

El primero de estos dos artículos castiga “a quien realice actividades en el sentido nacional-socialista de una manera que no encaje dentro del ámbito de las secciones 3a a 3f (...)”, con penas de uno a diez años de prisión y, en caso de especial peligrosidad del reo o de la actividad, de hasta veinte años¹¹⁰. Por su parte, el artículo 3h, en aplicación del artículo 3g, castiga a “quien con una obra de imprenta, en radiotelevisión o mediante otro medio de comunicación de masas o de otro modo que sea de acceso público a una multitud de personas niegue, banalice gravemente, apruebe o intente justificar el genocidio nacionalsocialista u otros delitos contra la humanidad”¹¹¹.

La legislación austríaca, a fin de asegurar una respuesta jurídico-penal efectiva y evitar dejar impune los comentarios o discursos antisemitas y revisionistas, cubre todos los flancos posibles a través de la introducción de los verbos “negar”, “banalizar (gravemente)”, “aprobar” o “intentar justificar”. Es, por ende, una de las normativas más completas en esta materia, aunque, sin embargo, sólo castiga todas estas conductas de hacerse referencia al Holocausto, no, en cambio, a otros genocidios acaecidos a lo largo de la historia.

Hace lo mismo, de forma bastante detallada, con los medios por lo que estas conductas pueden cometerse: con una obra de imprenta, en radiotelevisión o mediante otro medio de comunicación de masas o de otro modo que sea de acceso público a una multitud de personas. Parece que con este último inciso se quiere excluir los comentarios o discursos efectuados en la esfera privada o con un radio de alcance ínfimo.

A su vez, el artículo 3h del *Verbotsgesetz* constituye la norma con las sanciones más severas del entorno europeo, con penas de prisión de entre uno a diez años de prisión. Incluso, prevé un agravante hasta el momento inexistente en cualquier otra legislación para los casos de especial peligrosidad del reo o de la actividad, que puede suponer un aumento de la pena de hasta veinte años.

De este análisis podemos extraer las siguientes disimilitudes entre el artículo 3h del *Verbotsgesetz*

¹⁰⁸ BILBAO UBILLOS (2008) pp. 29 y ss.

¹⁰⁹ En 1947 se asentó el contenido de la ley y en 1968 la pena de muerte fue abolida de la regulación.

¹¹⁰ *Wer sich auf andere als die in den §§ 3a bis 3f bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinn betätigt, wird, sofern die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung strenger strafbar ist, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung bis zu 20 Jahren bestraft.*

¹¹¹ *Nach § 3g wird auch bestraft, wer in einem Druckwerk, im Rundfunk oder in einem anderen Medium oder wer sonst öffentlich auf eine Weise, daß es vielen Menschen zugänglich wird, den nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost, gutheißt oder zu rechtfertigen sucht.*

y el artículo 607.2 CP:

- a) En Austria el delito de negación del Holocausto fue introducido con la incorporación en 1992 de un precepto específico en una ley especial promulgada años atrás, a diferencia de España en que, con gran similitud con Alemania, se tipificó esta conducta a través de un concreto artículo en el Código Penal.
- b) Como acaece en Alemania y en Francia, la normativa austríaca sólo considera punible la negación del Holocausto, no la de otros genocidios.
- c) La dureza de las sanciones no sólo supera con creces las previstas en nuestro Código Penal, sino también las de la regulación francesa y alemana, con penas de prisión de entre uno y diez años, más la posibilidad de apreciar un agravante que incrementaría la pena hasta los veinte años.

No obstante, ambas coinciden en la amplitud de las conductas que tanto una normativa como otra puntiviza, así como en los medios en que dichas conductas pueden llegar a perpetrarse.

La justicia austríaca ha tenido ocasión de aplicar el artículo 3h del *Verbotsgesetz* en numerosas ocasiones y contra multitud de negacionistas. Sin duda el proceso más mediático y que más revuelo causó en su día fue el del controvertido historiador, escritor e investigador revisionista David Irving.

En 1989, el autor británico, célebre en los círculos revisionistas por su obra *Hitler's War*, entre muchos otros escritos, negó en dos intervenciones públicas realizadas en Austria la existencia de las cámaras de gas en Auschwitz y defendió que Hitler “en realidad mantuvo su mano protectora sobre los judíos” así como que la Noche de los cristales rotos (1938) no fue perpetrada por los nazis. Estas declaraciones le costaron a Irving una condena de 3 años de prisión por parte del Tribunal Regional de Viena en 2006 por negar el Holocausto y la política de exterminio nazi, hechos de los que el negacionista se declaró culpable desde el inicio del proceso.

7. Conclusiones

En el inicio de este trabajo, partí de la hipótesis de que la introducción del delito de negación del Holocausto había sido un paso necesario a dar en la lucha contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo no sólo por España, sino también por el resto de países que han introducido este tipo penal en sus respectivas legislaciones. Puedo concluir, a estas alturas, que he confirmado mi hipótesis.

Como acaeció en Francia o Austria, aunque no de un modo idéntico dadas las significativas divergencias de las normativas nacionales, el legislador español, de manera precavida, se ha pretendido dotar de un instrumento jurídico-penal eficaz para frenar la vorágine de las corrientes negacionistas que, mediante el manto del debate histórico, han ocultado tras de sí una ideología anti-semita y extremista.

Aun así, la mera existencia de esta vertiente pseudo-histórica no ha sido, a mi entender, el simple detonante para tipificar en nuestro Código Penal esta conducta. Creo que también ha jugado un papel crucial el contexto en el que esta encrucijada ha tenido lugar, de un modo similar a los sucesos históricos que llevaron al legislador germano a incorporar en 1960 el artículo 130.1 en el *Strafgesetzbuch*. Hago alusión, con esto, al crecimiento y el mayor apoyo que han recolectado los partidos de ultra-derecha en Europa en estos últimos años (véase Grecia, Suecia o Francia, por ejemplo) así como el auge de los ideales neonazis, cuya propagación se ha hecho todavía más visible con la ayuda de las redes sociales, especialmente en países como el nuestro. Todo ello ha activado la alerta roja para tomar cartas en el asunto y evitar, a la larga, una peligrosa expansión de este fenómeno. Asimismo, me atrevería a añadir incluso otro motivo más: el intento de europeizar la tipificación del negacionismo que, de un modo legítimo, se ha perseguido e impulsado por la Unión Europea en vista del contexto descrito.

Considerando la gravedad del asunto y la necesidad de que el legislador español incorpore una respuesta jurídica en nuestro Código Penal frente al mismo, considero muy acertado que la futura reforma del Código Penal reintroduzca el delito de negación del Holocausto, esta vez enmendando las deficiencias apuntadas por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, de las que adolecía el antiguo artículo 607.2 CP. Desapareciendo la criminalización de la mera negación del Holocausto, el nuevo requisito de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación apunta al aseguramiento que se persigue de una atmósfera de seguridad para el colectivo judío, evitándose, en un futuro, el riesgo de una materialización de acciones delictivas como consecuencia de la cultivación de ese clima pernicioso propiciado mediante la difusión de los postulados negacionistas.

No cabe duda que durante la vigencia del artículo 607.2 CP se limitó un derecho tan valioso como el de la libertad de expresión. Y lo mismo sucederá con el futuro artículo 510 CP. Pero hay que tener presente en todo momento que ningún derecho es absoluto e ilimitado. El negacionismo es, a mi modo de ver, una manifestación del execrable *hate speech*, como lo es la islamofobia o las teorías que defienden la supremacía de la raza blanca, en la medida en que no se está buscando participar simple y llanamente en un debate histórico, presentando posiciones ortodoxas a hechos demostrados, sino que, subrepticamente, se pretende atacar y degradar a los grupos afectados por estos acontecimientos. Es aquí cuando se hace necesario poner algún tipo de límite a este derecho con el fin de frenar los intentos de perturbar los sentimientos de seguridad, paz y tranquilidad. Teniendo en mente el potencial daño que esta clase de discursos o mensajes pueden llegar a causar, no resulta sensato aceptar su amparo por el derecho a la libertad de expresión.

Por todo esto, reestructurando las palabras que pronunció el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en su voto particular a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, de resultar aprobada la reforma proyectada, España volverá a formar parte de la lista de honor de países que criminalizan la negación y la trivialización del genocidio.

Con frecuencia, el derecho impone deberes de eficiencia a personas físicas o jurídicas y, más

precisamente, les obliga a mejorar la eficiencia de su actividad histórica o, al menos, a no empeorarla. Sin embargo, las personas –desde luego, las personas físicas, pero también las jurídicas- tienen libertad de actuar: son, de entrada, libres de hacer algo o nada y de hacerlo de mejor o de peor manera, con tal que no dañen a terceros. Nuestros sistemas constitucionales y legales parten de la libertad de actuar y solo admiten restricciones a tal libertad en casos y circunstancias razonablemente justificados. En este trabajo tratamos de acotar criterios operativos que permitan delimitar un poco mejor de lo que hasta ahora creemos que se ha hecho cuáles son tales casos y circunstancias. Para hacerlo así, ponemos en relación dos distinciones, una de ellas económica y jurídica la otra: la que media, por un lado, entre beneficio contable y beneficio económico, y la que puede establecerse, por el otro, entre reglas y principios. Ambas se aplican a una serie de casos planteados en distintas ramas del derecho –civil, laboral, tributario y mercantil- El resultado de nuestro trabajo puede ser calificado como muy modesto, pero nos ha permitido reformular algo menos imprecisamente la tesis tradicional, acaso irrefutable por inaferrable, conforme a la cual a veces el Estado puede imponer deberes de eficiencia.

8. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STEDH, 23.9.1994	1994/36	<i>Jersild c. Dinamarca</i>
STEDH, 24.2.1997	1997/12	<i>Haes y Gijssels c. Bélgica</i>
STEDH, 8.7.1999	1999/97	<i>Erdodgu e Ince c. Turquía</i>
STEDH, 5.3.2013	2013/65	<i>Varela Geiss c. España</i>

Tribunal Constitucional

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 11.11.1991	RTC 1991\214	<i>Vicente Gimeno Sendra</i>
STC, 12.3.2003	RTC 2003\48	<i>Manuel Jiménez de Parga y Cabrera</i>
STC, 5.6. 2006	RTC 2006\174	<i>Roberto García-Calvo y Montiel</i>
STC, 7.11.2007	RTC 2007\235	<i>Eugeni Gay Montalvo</i>
STC, 19.12.2013	RTC 2013\216	<i>Enrique López y López</i>

Tribunal Supremo

<i>Fecha y Sala</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 12.4.2011	RJ 2011\5727	<i>Miguel Colmenero Menéndez de Luarca</i>

Juzgado de lo penal

<i>Fecha</i>	<i>Nº de Juzgado</i>	<i>Provincia</i>
16.11.1998	3	Barcelona
19.2.2014	7	Barcelona

9. Bibliografía

Dennis BAKER J. y Lucy ZHAO X (2013), "The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's theory", *New Criminal Law Review*, 4, pp. 621-656.

Juan María BILBAO UBILLOS (2008), "La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión", *UNED Revista de Derecho Político*, 71, pp. 19-56.

Rafael BUSTOS (2014), "Libertad de expresión y discurso negacionista", *Ponencia pronunciada en la Jornada "El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión" organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad en Zaragoza el 26.2.2014*. Video accesible en www.fundacionmgimenezabad.es Último acceso el día 4.4.2014.

Carlos Guillermo CASTRO CUENCA (2006), "Lineamientos sobre la antijuricidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva", *Revista de la Universidad de la Sabana*, 15, pp. 199-231.

Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ (2013), *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Thomson Reuters, Navarra.

Bernardo José FEJOO SÁNCHEZ (1997), "Los delitos de genocidio en el Derecho penal español", *ICADE Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 42, pp. 97-134.

Sévane GARIBIAN (2012), "Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme: exercice d'une liberté ou violation d'un droit?", *Archive ouverte UNIGE*, 15, pp. 53-62.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2007), *El Derecho Penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2013), "Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión", *InterseXiones*, 4, pp. 77-122.

Kent GREENAWALT (1995), *Fighting Words*, Princeton University Press, New Jersey.

Jakobs GÜNTHER (1997), "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, pp. 293-324.

Roland HEFENDEHL (2001) "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", *Revista Anales de Derecho*, 19, pp. 147-158.

Roland HEFENDEHL (2007), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid.

Jonathan JOSEPHS (2008), "Holocaust denial legislation: a justifiable infringement of freedom of expression?", *Centre Perelman de philosophie du droit*, 3, pp. 1-65.

Jon Mirinda LANDA GOROSTIZA (1996), "La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva "Ley de lucha contra la criminalidad (*Verbrechensbeckämpfungsgesetz*)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49, pp. 529-589.

Jon Mirinda LANDA GOROSTIZA (1999), "La llamada "mentira de Auschwitz" (art. 607.2 CP) y el "delito de provocación" (art. 510 CP) a la luz del "caso Varela": una oportunidad para la "cuestión de inconstitucionalidad" (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)", *Actualidad Penal*, 1, pp. 689-715.

Jörg LUTHER (2008), "El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada", (traducción de Francisco Javier Durán Ruiz), *Texto de la Ponencia pronunciada en el Congreso "Historia, verdad, derecho" organizada por la Sociedad Italiana para el Estudio de la Historia en la Universidad de la Sapienza de Roma el 4.4.2008*.

Accesible en www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm. Último acceso el día 3.3.2014.

Teresa María MAYOR FERRÁNDIZ (2012), "Los negacionistas del Holocausto", *Revista digital de Historia y Ciencias Sociales*, 293, pp. 55-70.

Santiago MIR PUIG (2011), *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona.

Claus ROXIN (1997), *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, Civitas, Madrid.

María Lidia SUÁREZ ESPINO (2008), "Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio", *Indret* 2/2008, pp. 1-12 http://www.indret.com/pdf/524_es.pdf

Michel TROPER (1999), "Droit et négationnisme: La Loi Gayssot et la Constitution", *Annales HSS*, 6, pp. 1239-1255.

Jeremy WALDRON (2012), *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge.