

La solución del CP de 2015 a la inconstitucionalidad del delito de negacionismo (del artículo 607.2 al 510 CP)

CRISTINA GARCÍA ARROYO (España)

Investigadora Doctoranda, Universidad de Sevilla, España¹

RESUMEN: En este trabajo se estudia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, en la que se declara inconstitucional un inciso del art. 607. 2 del Código Penal, en el que se castigaba el llamado «negacionismo», es decir, la conducta consistente en negar la existencia de un determinado genocidio (por lo general, el Holocausto durante la Segunda Guerra Mundial). La actual reforma del Código Penal, publicada en el BOE de 31 de Marzo de 2015 presenta una modificación al respecto del delito de negacionismo, ahora tipificado en el artículo 510.1.c) CP, que merece ser objeto de estudios penales.

Palabras clave: Derecho Penal, Tribunal Constitucional, negacionismo, genocidio, reforma del Código Penal de 2015.

ABSTRACT: A recent decision of the Spanish Constitutional Court declared unconstitutional the crime of negationism, that's to say, denying that a genocide (usually, the Holocaust, during the Second World War) ever happened. The current reform of the Penal Code, published in the Official Gazette of March 31, 2015 shows a modification about the crime of denial, now defined in Article 510.1.c) CP, which should be subject to criminal trials.

Key words: Criminal Law, Constitutional Court, revisionism (negationism), genocide, reform of the criminal code of 2015.

La Ley Orgánica de modificación del Código Penal ha quedado aprobada, a fecha de 26 de marzo de 2015, en el Pleno del Congreso al ratificarse las enmiendas incorporadas por el Senado y otorgar, con 181 votos a favor, 138 en contra y 2 abstenciones la mayoría

¹ Profesora Sustituta Interina de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

absoluta necesaria por su carácter orgánico en la votación del texto definitivo, siendo publicada en el BOE de 31 de Marzo, para entrar en vigor el 1 de julio de 2015.

Esta reforma del Código Penal aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, supone, argumenta el Ejecutivo, una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal, además de adaptar su contenido a disposiciones y compromisos internacionales.

Entre las diversas modificaciones recogidas en su texto se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo, así la Exposición de Motivos declara que se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de **negación del genocidio** que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.

No obstante, no nos adelantemos y comencemos la crítica y el análisis de este trabajo por el principio para pasar a analizar posteriormente la solución que da el legislador penal de 2015 a la problemática planteada con la anterior redacción del negacionismo, del artículo 607.2 CP. Y es que el discurso negacionista o revisionista pervive, pues en pleno siglo XXI se ha generado el debate sobre los límites de la libertad de expresión y la existencia de esta clase de discursos².

Lo cierto es que, la regulación del artículo 607.2 CP, en un inciso castigaba el llamado «negacionismo», es decir, la conducta consistente en negar la existencia de un determinado genocidio³.

Así las cosas, se presentó cuestión de inconstitucionalidad por el presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona, ante el Tribunal Constitucional, el caso por todos conocidos no era otro que el de la «Librería Europa». Los hechos transcurrieron de la siguiente forma; con fecha de 16 de Noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona dictó una Sentencia

² 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 Holocausto judío.

³ Vid.: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «La declaración de inconstitucionalidad del delito del «negacionismo. (artículo 607.2 del código penal español)», *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, Enero-Junio 2009, p. 131.

en la que condenaba a Don Pedro Varela Geis como autor responsable de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 CP; por actuar en su condición de titular y director de la citada librería de forma habitual y continuada, y a sabiendas de la entrada en vigor de la legislación en la materia en España, por la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, cartas, publicaciones, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como «a las ratas»⁴. Del mismo modo, lo condenó también como autor responsable de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510 CP). Como nos referíamos anteriormente contra la anterior resolución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una providencia de fecha 30 de abril de 1999 en la que acordaba dar audiencia a las partes personadas a fin de que expresaran su opinión acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 607.2 CP, cuyo texto era el que sigue:

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

Por otra providencia de fecha 7 de mayo de 1999, el órgano judicial de apelación precisó que la duda de constitucionalidad se refería a la posible incompatibilidad del referido precepto con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE. Finalmente por Auto de 14 de Septiembre de 2000, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona planteó la mencionada cuestión de inconstitucionalidad en los términos siguientes⁵:

«El fundamento de tal duda reside en la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión (reconocido en el art. 20.1 CE) del delito contenido en el art. 607.2 CP, consistente en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas. A este respecto, razona la Sala que el art. 607.2 CP constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que de la apología del delito ofrece el art. 18 CP ni, en consecuencia, sanciona la apología de los delitos de genocidio ni tampoco la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código penal (arts. 510, 515.5, 519 y 615 CP)»⁶. Así, la conducta sancionada por el artículo 607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, conducta que coincide con la que dio lugar a la condena en instancia del Sr. Varela Geis.

⁴ Antecedentes a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

En nuestra opinión, como afirma CUERDA ARNAU⁷, se exige la nota de publicidad al menos. Lo que quiere decir que, difundir por cualquier medio no equivale a divulgar por cualquier medio de difusión, entra dentro del tipo la conducta realizada ante una concurrencia de personas. Lo que según la sentencia de instancia fue lo ocurrido en el caso.

En definitiva, la Sección Tercera del Tribunal Constitucional admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 607.2 CP por presunta vulneración del art. 20.2 CE. Señalando que el órgano proponente consideraba que la conducta tipificada en el art. 607.2 CP definida en estos términos que acabamos de señalar, resultaba de gran evidencia el conflicto generado entre esta norma penal, que sanciona la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, y el derecho a la libertad de expresión constitucionalmente consagrado. Si bien, reconocía que, el legislador, ciertamente, puede elegir el bien jurídico que estima necesitado de protección penal. Opinando, además, el subyacente al mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un «clima favorecedor de conductas discriminatorias» ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales. La sala, por tanto, consideró que el mencionado bien jurídico no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión⁸.

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*»⁹. Pero, ¿qué bien jurídico es el protegido por el tipo penal?

Para gran parte de la doctrina, 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 judía, preservando una atmósfera de paz y de no hostilidad o violencia; así SUÁREZ ESPINO¹⁰, considera que la negación de una barbarie como el genocidio, choca frontalmente con la dignidad y el derecho fundamental al honor de las víctimas supervivientes de estos delitos o de sus descendientes; y que son unos hechos lo suficientemente graves como para estimar que estas tesis negacionistas suponen una violación de la dignidad y el honor de los colectivos que lo sufrieron.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de Noviembre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sosteniendo, sin embargo, que el párrafo cuestionado podría

⁷ CUERDA ARNAU, M. L. «El denominado delito de apología del genocidio», en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*; QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coords.). Aranzadi, 2001, p. 1133.

⁸ STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio.

⁹ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson Civitas, 2006, p. 56.

¹⁰ SUÁREZ ESPINO, M. L. «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *Indret*, Barcelona, Abril de 2008.

resultar contrario al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a) CE]. Además, no se puede negar la importancia de que del tenor literal de la disposición puesta en entredicho resulta no se exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas, elementos uno y otro que, resultan inherentes a las modalidades delictivas de la provocación para delinquir y la apología del delito, según la definición que de las mismas ofrece el artículo 18.1 CP¹¹.

Compartimos por tanto, la opinión de la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, en tanto que el comportamiento cuestionado, tipificado como delictivo por el artículo 607.2 CP, es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos históricos que han sido calificados de genocidio. Por lo que, es evidente el conflicto de tal tipificación con el derecho consagrado en el artículo 20.1 CE. Y es doctrina sentada¹² por el TC, que considerar que ofrecer cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, si no suponen un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos, no debe ser considerada delito.

Así, «*el art. 20 de la Norma fundamental. Además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas*»¹³.

Además de por lo dicho, el Tribunal basa sus argumentaciones en que la mera negación de la existencia de prácticas genocidas, sin que concurren elementos de enaltecimiento de tales crímenes o incitación a su comisión, o bien expresiones insultantes o vejatorias, constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, pues, según lo expresado por el propio Tribunal,

«*la libertad de expresión comprende la libertad de crítica aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática*»¹⁴.

Además compartimos la argumentación del Tribunal, en tanto que aduce, entre otras razones, la falta de referencia explícita en el delito de negación del genocidio al elemento intencional, por lo que cabría entender, que para incurrir en el ilícito penal, no sería necesaria la voluntad de incitar al odio racial o de menospreciar a un determinado colectivo social, y una

¹¹ STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio.

¹² SSTC 214/1991, de 11 de Noviembre y 176/1995, de 11 de Diciembre.

¹³ STC 159/1986, de 16 de Diciembre, FJ 6.

¹⁴ STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio. FJ4°.

finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, por lo que la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado¹⁵. El Tribunal Constitucional hace una vez más, hincapié en la necesidad de que esas declaraciones contengan elementos que inciten al odio contra un determinado colectivo racial o supongan un claro menosprecio. Por lo tanto, sentados los argumentos para declarar la inconstitucionalidad de término «nieguen o» del precepto penal, no podemos más que estar de acuerdo con la opinión del Tribunal y con gran parte de la doctrina¹⁶. Además lo que se penaliza es una simple situación de peligro potencial, o lo que es lo mismo, en palabras del propio Tribunal Constitucional español «una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades»¹⁷, motivos más que suficientes para estar de acuerdo con la inconstitucionalidad de la negación del genocidio.

Dejando ya analizados los antecedentes del tipo, no podemos más que sumarnos al análisis de la reforma operada para el CP, y es que la nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o 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 los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave 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.

Cabe recordar aquí la Sentencia del Juzgado de lo penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, la cual 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 nos resulta, del todo plausible, ya que la negación de estos crímenes por horriblos que resulten, no lesionan de «*motu proprio*» la seguridad de

¹⁵ Vid.: STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio. FJ8º.

¹⁶ En similar sentido Cfr.: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)», *Revista Penal*, n.º 23, Enero 2009. BILBAO UBILLOS, J. M. «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009), pp. 299-352.

¹⁷ Vid.: STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio. FJ8º.

un colectivo, como parece que pretende entender el bien jurídico que se pretendía proteger. Aunque ello no quita, para que de forma mediata a la larga se genere ese clima pernicioso que genere condiciones favorables a la violencia, discriminación, hostilidad y odio. 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 lesionados¹⁸. Sin embargo no ha sido, una propuesta unánimemente aceptada, ya que hay cierto sector de la doctrina, aunque sea minoritaria que afirma que este tipo penal de apología del genocidio, se puede interpretar de manera sistemática con el artículo 18.1 CP¹⁹. Esta tesis fue rechazada y criticada, en tanto que el artículo 607.2 CP no exigía la 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 preparatorio²⁰.

Una vez señalado lo que ocurriría hasta el momento, debemos señalar que lo mismo que a lo hasta ahora dicho es predicable a la reforma del 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 divulgación y transmisión de los postulados negacionistas²¹.

Una cosa es decir públicamente; y recordemos que ya dijimos que esa exigencia de publicidad limitaba el tipo ya que la apología privada es atípica; «Los judíos son unas ratas. Hay que 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 colectivo²², pero que realmente no tenemos claro si tal afirmación será suficiente para provocar la instigación. Por lo que estamos ante otro intento del legislador de intentar tipificar correctamente lo que de ninguna de las formas tenía ya algún sentido. Su técnica legislativa, no resulta suficiente para hacer del delito de negacionismo un tipo coherente y necesario, a pesar del cambio en la reforma, que sólo queda en un intento pobre y burdo de dotar de sentido a algo que la doctrina ha puesto de manifiesto, no pocas veces que no lo tiene. Ese afán pancriminalizador del legislador tampoco acaba ni se ve limitado en la materia que hemos venido tratando. Podemos decir también que los principios de legalidad, última ratio e intervención mínima inspiradores del derecho penal han quedado reducidos al mínimo en la Reforma que entrará en vigor en próximo día 1 de Julio.

¹⁸ TURIENZO FERNÁNDEZ, A. «El delito de negación del holocausto», *Indret*, Barcelona, Enero 2015, p. 16.

¹⁹ *Íbidem*.

²⁰ *Íbidem*.

²¹ *Íbidem*.

²² En similar sentido vid.: TURIENZO FERNÁNDEZ, ult. Op. Cit., p. 17.

BIBLIOGRAFÍA

- BILBAO UBILLOS, J. M. «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009).
- CUERDA ARNAU, M. L. «El denominado delito de apología del genocidio», en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*; QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coords.). Aranzadi, 2001.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «La declaración de inconstitucionalidad del delito del «negacionismo. (artículo 607.2 del código penal español)», *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, Enero-Junio 2009.
- ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson Civitas, 2006.
- SUÁREZ ESPINO, M. L. «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *Indret*, Barcelona, Abril de 2008.
- STC 235/2007, de 7 de Noviembre.
- STC 214/1991, de 11 de Noviembre.
- STC 176/1995, de 11 de Diciembre.
- STC 159/1986, de 16 de Diciembre.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A. «El delito de negación del holocausto», *Indret*, Barcelona, Enero 2015.