



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Evolución jurisprudencial de la apología del genocidio y su
proyección en la nueva regulación del delito

Autora

Alba Gómez Gabás

Director

Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho
2016

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO Y MOTIVO DE SU ELECCIÓN	6
2. RAZONES DE SU INTERÉS	6
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	6
II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL GENOCIDIO	7
1. EL DELITO DE APOLOGÍA DEL GENOCIDIO COMO MANIFESTACIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO	7
2. DIFERENCIAS CON RESPECTO AL ACTO PREPARATORIO DEL ART 615 CP..	9
III. VIGENCIA DEL ANTIGUO ARTÍCULO 607.2 CP DESDE 1996 HASTA LA STC 235/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE	10
1. PRIMERA CONDENA POR EL DELITO.....	10
2. AUTO DE LA AP DE BARCELONA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000.....	11
IV. NOVEDADES PLANTEADAS POR LA STC 235/2007	12
1. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL ARTÍCULO 607.2 Y SU MODIFICACIÓN	12
2. VOTOS PARTICULARES	14
3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA	15
4. REPERCUSIÓN PRÁCTICA	16
V. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DEL AÑO 2008	17
1. CASO DE LA LIBRERÍA EUROPA II	17
1.1 Sentencia de la AP Barcelona (Sección 2ª) nº 259/2010, de 26 de abril	18
2. CASO DE LA LIBRERÍA KALKI	19
2.1 Cambio en la protección penal: STS 259/2011, de 12 de abril.....	20
3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STS 259/2011	22

3.1 SAP de Barcelona (Sección 3ª) nº 104/2013, de 1 de febrero	20
3.2 SAP de Pontevedra (Sección 5ª) 330/2012, de 27 de julio	23
3.3 Conclusión	23
VI. NUEVA REGULACIÓN DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL GENOCIDIO SUBSUMIDO EN EL ARTÍCULO 510.1. c) CP TRAS LA REFORMA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO	24
1. PLASMACIÓN DE LA DECISIÓN MARCO EUROPEA DEL AÑO 2008 EN EL ART 510 CP	25
1.1 En cuanto al delito de incitación al odio, art. 510.1.a CP.....	25
1.2 En cuanto al delito de apología del genocidio, art. 510.1.c	25
2. LA NUEVA REGULACIÓN A LA LUZ DE LA STC 235/2007	26
VIII. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 510.1.c) CP	26
1. ÁMBITO OBJETIVO DEL ARTÍCULO. CUESTIONES CRÍTICAS.....	26
1.1 Conductas: Negar públicamente, trivializar gravemente o enaltecer	26
1.2 Exigencia de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación	28
2. PROBLEMAS CONCURSALES CON EL DELITO DE PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, AL ODIO Y A LA VIOLENCIA	29
3. TIPO AGRAVADO POR ALTERACIÓN DE LA PAZ PÚBLICA	30
4. EFICACIA PRÁCTICA DEL PRECEPTO RESPECTO A CASOS QUE ANTERIORMENTE QUEDARON IMPUNES	31
IX. CONCLUSIONES	33
JURISPRUDENCIA CITADA	36
BIBLIOGRAFÍA	37
RECURSOS DE INTERNET	38

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

ATS: Auto del Tribunal Supremo

Art: Artículo

Arts: Artículos

CE: Constitución Española

Cit.: citado

CP: Código Penal

DM: Decisión Marco 2008/913/JAI

JAI: Justicia y Asuntos de Interior

LO: Ley Orgánica

SJP: Sentencia del Juzgado de lo Penal

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

Supra cit: citado anteriormente

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

Vid: Véase

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO Y MOTIVO DE SU ELECCIÓN

La sociedad actual en la que vivimos se contamina cada vez más de movimientos racistas y xenófobos, en definitiva discriminatorios, que pueden alterar la convivencia pacífica de los Estados democráticos¹. El Derecho Penal, ante esta realidad, ha creado tipos específicos en la lucha contra el denominado discurso del odio, siendo en el Derecho Comunitario la Decisión Marco 2008/913/JAI, (DM en adelante), expresión básica y fundamental de cuanto antecede.

Partiendo de la premisa de que el Derecho Penal regula los ataques más graves a los bienes jurídicos por él protegidos cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico se muestran insuficientes, la problemática radica en determinar si con la amplitud de los supuestos de hecho contemplados en esta protección penal del discurso del odio, se incrimina el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Este es el problema que surgía con la regulación de 1995 del delito de apología del genocidio, del art. 607.2 CP. La cuestión era si se estaba castigando el mero discurso, estableciendo así nuestro Código un delito de opinión por lo que nuestros tribunales debieron realizar una interpretación restrictiva que permitiera castigar los casos que se planteaban. Esta interpretación ha ido evolucionando con el paso de los años, para configurar un delito acorde con la Constitución, la libertad de expresión, ideológica y de conciencia entre otros derechos fundamentales.

Dada la problemática planteada por el discurso del odio se centra el presente estudio en un delito concreto que es la apología del genocidio, la evolución jurisprudencial del mismo y su modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015. Sugerencia ofrecida por mi tutor, el Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza,

¹ Estas conductas se han expandido sensiblemente gracias a las redes sociales y el uso de Internet en general. A este respecto, vid. El informe «Racismo, odio e intolerancia en Internet», disponible en <http://www.injuve.es/sites/default/files/2013/22/eventosinfo/Informe%20Racismo%20Odio%20e%20Intolerancia%20en%20Internet.pdf> Consultado por última vez el día 5 de mayo de 2016.

Igualmente Europa alerta del incremento del discurso del odio. Vid. La noticia «C. Europa alerta sobre el "dramático aumento" del discurso del odio en la red», disponible en <http://www.lavanguardia.com/politica/20150709/54433806456/c-europa-alerta-sobre-el-dramatico-aumento-del-discurso-del-odio-en-la-red.html> Consultado por última vez el día 5 de mayo de 2016.

quien me ha sabido guiar y atender en todas las cuestiones que me han surgido a lo largo de la realización de este trabajo.

El delito de apología del genocidio, que algunos prefieren llamar negacionismo, se reguló en el CP de 1995, art 607.2, castigando la difusión de ideas o doctrinas que negasen o justificasen el genocidio, así como la pretensión de rehabilitar regímenes que amparasen estas ideas, dando origen esta regulación a diversos problemas en el sentido de determinar: si era un delito de mera conducta en el que se castigaba la difusión de ideas al no exigirse en el tipo ni provocación ni incitación, por lo que se podía concluir que se penaba el ejercicio de la libertad de expresión; si era un delito de peligro abstracto; el dolo en dicha regulación y se dudaba incluso de cuál era el bien jurídico tutelado. A mayor abundamiento surgían problemas al hacer un análisis jurídico teniendo en cuenta el contexto normativo y su relación con los artículos 615 CP², regulador del acto preparatorio al genocidio, y el artículo 510.1 CP³, que contemplaba el delito de provocación al odio, discriminación o violencia, que podían dejar sin sentido la regulación contemplada en el art 607.2 CP.

2. RAZONES DE SU INTERÉS

El interés del presente trabajo radica en comprobar si estos problemas planteados en la introducción han sido solucionados con base en la jurisprudencia y el reflejo de la misma en la nueva regulación del delito, actualmente establecido en el art 510.1.c) por LO 1/2015.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para abordar la cuestión tratada es preciso en primer lugar ubicar este tipo de conductas apologéticas no como una simple exposición de ideologías, sino como una modalidad del denominado discurso del odio, que justificaría su penalización. Si se ha regulado expresamente es

2 El art.615 CP dispone «La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en los capítulos anteriores de este Título» – entre ellos el genocidio- «se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos».

3 El art. 510.1 en el CP de 1995 establecía «1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

porque el legislador ha visto en ellas su capacidad para generar un peligro a evitar digno de protección, en concreto, la inseguridad del grupo de la sociedad afectado.

No ha sido tan sencillo delimitar el delito, y en consecuencia, son varios los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que han visto precisa su interpretación restrictiva para no superar las fronteras que blindan la libertad de expresión. Por ello en segundo lugar se analizará la evolución que ha sufrido el delito en sede judicial.

Finalmente se explica la profunda reforma que ha sufrido esta figura penal justificada en la jurisprudencia asentada y en las exigencias procedentes de la Unión Europea.

En definitiva, se trata de averiguar cuál era el ámbito punitivo del delito de apología del genocidio antes de la reciente reforma operada y si este ha cambiado con su entrada en vigor.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL GENOCIDIO

1. EL DELITO DE APOLOGÍA DEL GENOCIDIO COMO MANIFESTACIÓN DEL DISCURSO DEL ODI.

El origen del delito se encuentra en la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la cual se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Se introdujo así el artículo 137 bis b) del CP 1973⁴, en el que a pesar de la amplitud de las acciones típicas, quedaba limitada su punición para aquellas dotadas de publicidad e incitación directa a su comisión.⁵ Ello respondía,

4 El art. 137 bis b) del CP 1973 establecía «La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior – genocidio- se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo.

La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito».

5 Como afirma RAMOS VÁZQUEZ, «se penalizaba un comportamiento apologético (...), pero sólo en la medida en que pudiese “constituir una incitación directa a cometer delito”». RAMOS VÁZQUEZ, J.A, «La declaración de inconstitucionalidad del delito del "negacionismo" (artículo 607.2 del código penal español)», en *Nuevo Foro Penal*, nº 72, 2009, p.135

según la propia Exposición de Motivos de la LO 4/1994, a la lucha que debían emprender los Estados democráticos contra «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi».

Tan solo seis meses después de la entrada en vigor del art 137 bis b) del CP 1973, su regulación sufría una sensible modificación por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ampliando considerablemente la definición del delito, conforme a la proposición elaborada por la Comisión de organizaciones judías, y que se estableció finalmente en el artículo 607.2 CP 1995 como: «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo,» - esto es, el delito de genocidio - «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». Atendiendo a la literalidad del tipo penal se puede concluir que éste castigaba la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio, o que pretendan la rehabilitación de regímenes que amparen tales prácticas características del delito de genocidio. No se establecía nada respecto de la incitación o provocación a la comisión del delito, pareciendo inexigibles ya resultasen de manera directa como indirecta⁶. Igualmente no constaba la exigencia de expresiones vejatorias o despreciativas. Por ello, de la simple lectura parecía que estábamos ante un delito de «mera conducta» que se consumía con la difusión de esas ideas o doctrinas lo que chocaría frontalmente con el derecho fundamental de la libertad de expresión. Para resolver el problema podía interpretarse que la conducta típica quedaba enmarcada dentro del denominado «discurso del odio», entendido este de acuerdo con la definición otorgada poco tiempo más tarde por la Recomendación núm. R (97) 20, sobre el «discurso del odio», elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y aprobada el 30 de octubre de 1997, como «cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante».

Delimito pues la apología del genocidio como una modalidad de discurso del odio, lo que en modo alguno viola la libertad de expresión, derecho que aun siendo fundamental y uno de los pilares del sistema democrático tiene unos límites que surgen de su propia regulación en el artículo 20.4 CE -el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de nuestra Norma Suprema y leyes que

⁶ Así lo entiende RAMOS VÁZQUEZ, señalando que «se castiga la difusión de ideas o doctrinas en sí misma considerada⁵, sin establecerse nada no solo respecto del carácter instigador de dichas conductas, sino tampoco de su carácter laudatorio respecto del propio delito de genocidio». *Vid. Supra.* p.134

lo desarrollen-. En concreto, no caben las manifestaciones que pongan en peligro la dignidad, la libertad, la seguridad de un colectivo de modo típicamente relevante o incluso que pongan en peligro, precisamente, la sociedad democrática. Por ello, la expresión de manifestaciones con estas características es algo más que mostrar una mera actitud interna de forma de pensar o ideología determinada y, en consecuencia, merecen una respuesta penal⁷.

2. DIFERENCIAS CON RESPECTO A LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL ARTÍCULO 615 CÓDIGO PENAL.

Para un sector doctrinal no puede denominarse el delito del 607.2 CP 1995 como delito de apología del genocidio, ello porque induce a error ya que en el art. 615 del CP se regula la apología del genocidio, basándose en que en dicho precepto se prevé la provocación, conspiración y proposición de los delitos del Título XXIV: Delitos contra la Comunidad Internacional, cuyo capítulo segundo contempla los delitos de genocidio. La provocación se deberá interpretar de acuerdo con la definición del art. 18 del CP⁸ que también define la apología.

Sin embargo, en puridad jurídica el art.18 CP sólo castiga la apología como forma de provocación, así que en el art 615 CP no se contempla el delito de apología del genocidio sino el acto preparatorio del genocidio, cuando a mayor abundamiento los actos preparatorios no pueden pensarse si no son contemplados expresamente en la ley. Esta es pues la diferencia con el art. 607.2 del CP de 1995, por lo que estimo puede denominarse delito de apología del genocidio⁹ el regulado en este precepto y ello aunque con la L 10/1995 se suprimía en la redacción de este delito la referencia a la apología, desvinculándose así formalmente del concepto de provocación previsto como acto preparatorio punible en el art 18.1 CP¹⁰. A pesar de ello algunos autores como Vives Antón han mantenido que la única interpretación constitucional del precepto era entendiendo el delito sujeto a los requisitos del art 18 CP¹¹. No puede mantenerse sin embargo esta postura, pues

7 GÓMEZ MARTÍN, V. «Discurso del odio y principio del hecho» en *Protección penal de la libertad de expresión e información: una interpretación constitucional*, Mir Puig,(dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 90 y pp. 114-115.

8 Art. 18.1 CP «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito».

9 Son varias las denominaciones dadas a este delito. Así, por ejemplo Ramos Vázquez se refieren al mismo como el «mal llamado delito de apología del genocidio», y en su lugar prefiere «delito de negacionismo». RAMOS VÁZQUEZ, J.A, «La declaración de inconstitucionalidad...» *cit.* p. 133.

10 GÓMEZ MARTÍN, V. «El derecho penal ante la mentira de Auschwitz», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volum 2010, nº 63, 2011, p. 409.

11 Vives Antón, opina que se debe interpretar «en el sentido técnico de la definición de apología contenida en el párrafo

como se acaba de indicar la apología en los términos del art 18 CP se regula en el art 615 CP. La desvinculación por tanto es formal y material.

El legislador quiso regular en 1995 con el art. 607.2 la apología del genocidio como un delito autónomo que no constituye un acto preparatorio del genocidio¹². Ya que la punición de los momentos del *iter criminis* que anteceden a la ejecución del delito puede hacerse también a través de su tipificación autónoma. En consecuencia, las barreras punitivas se adelantaban notablemente, por ello, los tribunales y la doctrina han realizado un esfuerzo por delimitar cuándo estamos en el ámbito protegido por la libertad de expresión y cuándo estamos en el ámbito sancionado por el CP y ello teniendo en cuenta que este delito lo constituía un haz de conductas – difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos - que en cada momento se debía dilucidar si formaban parte del supuesto de hecho contemplado en el artículo, cuya consecuencia jurídica serán las distintas penas establecidos en el mismo.

III. VIGENCIA E INTERPRETACIÓN DEL ANTIGUO ARTÍCULO 607.2 CP DESDE 1996 HASTA LA STC 235/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE

1. PRIMERA CONDENA POR EL DELITO

Dos años después de la entrada en vigor del CP de 1995, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona la primera sentencia que condenaba por un delito continuado de genocidio previsto y penado en el art. 607.2 del CP; así como por un delito continuado consistente en provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el art. 510.1 del CP¹³. Se trata del conocido caso de la

segundo del número 1 del art 18, como forma de provocación, y siempre que constituya incitación directa a cometerla». Por el contrario, Gómez Navajas entiende que la asimilación con las exigencias del art. 18 CP para castigar las conductas apologéticas se quiebra en este precepto. GOMEZ NAVAJAS, J. «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal num. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», en *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 3, 1999, p 1845.

12 Al igual que hizo con la apología del terrorismo. Estas regulaciones muestran la inutilidad de establecer la apología como forma de provocación. A este respecto, *vid.* TERUEL LOZANO, G.M, «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces a la reforma del código penal», en *InDret Revista para el análisis del derecho*, p. 21, disponible en http://www.indret.com/pdf/1177_es.pdf, consultado por última vez el 7 de mayo de 2016.

13 Se trata de la SJP N° 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998, disponible en <http://www.upf.edu/dretpenal/recursos/estudis/senten1.html>, consultado por última vez el 20 de abril de 2016.

Librería Europa, y los hechos eran en síntesis los siguientes¹⁴:

El acusado P.V.G, titular y director de la librería Europa, había procedido de forma habitual y continuada, a la distribución, difusión y venta de todo tipos de materiales de contenido vejatorio para la comunidad judía. En dichos materiales se negaba la persecución y genocidio llevados a cabo por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich contra el pueblo judío durante la Segunda Guerra mundial. A su vez, la mayoría de las publicaciones contenía textos en los que se incitaba a la discriminación y al odio hacia la raza judía.

Es significativo que ya en primera instancia la defensa planteara la inconstitucionalidad tanto del art 510 como del 607.2 CP, rechazada por el juez en su FJ 4º al concluir que los elementos del tipo no ofrecen dudas sobre su inconstitucionalidad.

Respecto al delito del 607.2 CP, la sentencia establece que no se puede interpretar la apología de este precepto en el sentido del artículo 18 CP, reconociendo que se trata de un adelantamiento de las barreras punitivas como tipo penal autónomo (FJ 6º). Es clara además al establecer la figura como delito de peligro abstracto (FJ 6º y 7º), ya que se trata de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad que podría concretarse en actos específicos de violencia o discriminación ejecutados por los destinatarios del mensaje. Sin embargo, es muy criticable su escasa delimitación respecto del bien jurídico protegido, que se puede inferir por sus referencias indirectas, como la dignidad humana del grupo social o étnico perseguido (FJ 6º). Tal confusión le lleva a condenar tanto por el delito 510.1 CP como por el 607.2 CP en concurso real.

2. AUTO DE LA AP DE BARCELONA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000

El caso de la librería Europa fue recurrido en apelación a la AP de Barcelona que vio procedente por Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Sección 3ª elevar la cuestión de inconstitucionalidad, consciente de los problemas interpretativos que generaba la formulación del delito de apología del genocidio, art. 607.2 CP, y no así respecto del artículo 510 CP por el que igualmente había sido condenado. Planteaba el problema que suponía atender al tenor literal del precepto, pues subsumía la conducta como un ejercicio de la libertad de expresión. Además, entendía que el bien jurídico

14 Para un estudio exhaustivo de la sentencia, *vid.* el trabajo de LANDA GOROSTIZA, J.M, «La llamada «mentira de Auschwitz» (art 607-2º CP) y el «delito de provocación» (art 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo penal Nº3 de Barcelonade 16 de noviembre de 1998)» en *Actualidad Penal* 1999, pp. 689-715.

protegido no era de entidad suficiente como para justificar la intervención penal.

IV. NOVEDADES PLANTEADAS POR LA STC 235/2007

1. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL ART 607.2 Y SU MODIFICACIÓN

Visto por el TC, este aclara que aunque la AP se refiera al art 607.2 CP sin especificar, en realidad la cuestión se plantea del primer inciso del precepto, esto es, a la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados como genocidio en el art. 607.1 CP, pues son estas conductas las que podrían resultar contrarias 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).

Comienza el Tribunal recordando que el art 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública y libre que a su vez exige la garantía de ciertos derechos fundamentales, así como la «interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder» (STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3º).

La libertad de expresión reviste especial relevancia por ser pilar que sirve de base para el ejercicio de otros derechos fundamentales que configuran nuestro sistema democrático. Además, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, quedando amparadas incluso las opiniones en contra de la Constitución, pues España no es una democracia militante¹⁵. Por ello «el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional» (FJ 4º). En este sentido el Tribunal mantiene lo ya afirmado en su STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8º. Y es que las opiniones que se tengan sobre la actuación de los nazis con los judíos no dejan de ser «opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos». Ahora bien, concede que no estamos ante un derecho absoluto. Tiene como límite el «discurso del odio», pero definido como «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los

¹⁵ Como establece la STC 48/2003, «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de "democracia militante" (...) esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (FJ 7º).

ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular¹⁶) (FJ 5º) por lo que el artículo 607.2 CP resultaría conforme a la Constitución si se dedujera del mismo tal incitación contra un grupo o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. Se produce entonces la incidencia sobre la libertad de expresión en tanto en cuanto del sentido literal del precepto, basta una «mera difusión» sin ningún elemento adicional para cumplir la conducta descrita. Se refiere a mera difusión como aquella que no tiene una carga ofensiva¹⁷. Si se entiende así el delito, las conductas quedan protegidas tanto por la libertad de conciencia como la científica y de expresión porque el legislador no puede castigar la transmisión de ideas en sí mismas consideradas.

Así pues, procede realizar un análisis interpretativo del precepto:

Partiendo de la propia semántica, se distingue la negación de la justificación. «La negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio». Es decir, incluye tanto la negación de los hechos como de su calificación jurídica. «La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores» (FJ 7º). Sobre estas definiciones, la esencia del fallo del tribunal radica en la distinción entre negación y justificación, entendiéndose que la mera negación no dispone de un elemento tendencial por el que se persigue objetivamente la creación de un clima de hostilidad contra los grupos afectados. Este elemento sí que se encuentra en la justificación que sólo podrá ser sancionada cuando entre en conflicto «con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación (...) suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración». En segundo lugar, cuando al realizar la conducta se «busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación». Por tanto, solo cuando la justificación implique alguna de estas dos posibilidades dispondrá de ese elemento tendencial que permite su punición.

Todo ello no implica dejar sin contenido tanto el acto preparatorio del art 615 CP como el delito

16 A pesar de definir así el discurso del odio, también nombra la Recomendación europea núm. R (97) 20, sobre el «discurso del odio» como instrumento de interpretación, y ésta contempla un concepto más amplio de discurso del odio.

17 TERUEL LOZANO, G.M, «La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano», 2014, p. 435, disponible en <http://hdl.handle.net/10803/134932>. Consultado por última vez el 10 de mayo de 2016.

previsto en el art. 510 CP, pues el Tribunal considera que será de aplicación uno u otro según la gravedad de la conducta.

A mi juicio la decisión adoptada por el TC comete un error, pues se fundamenta en la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, por la que se exige a los EM castigar la justificación del genocidio como manifestación del discurso del odio, siendo que esta Propuesta preveía el castigo de la negación del crimen de genocidio en su artículo 1. c), mientras que el intérprete máximo de nuestra Norma Suprema, declara inconstitucional la negación del genocidio.

Respecto a la jurisprudencia del TEDH que aplica el TC, cierto es que el TEDH no suele condenar las expresiones de odio salvo cuando éstas contribuyan de manera directa a la discriminación o violencia. No se trata de que constituya discurso del odio sino cuándo genera un peligro potencial de actos discriminatorios o violentos¹⁸. Sin embargo, se ha mostrado tajante con una conducta en particular, esto es, la negación del Holocausto. Esto se debe a la verdad histórica del Holocausto, en cuanto «hecho histórico claramente establecido», que es protegido por el TEDH de manera absoluta¹⁹.

2. VOTOS PARTICULARES

A la STC 235/2007 se formularon cuatro votos particulares parcialmente discrepantes:

Para D. Roberto García – Calvo y Montiel el art 607.2 era conforme a la Constitución porque no se trataba de castigar la mera negación de unos hechos, sino la negación de los delitos de genocidio. Por ello, no está en juego la libertad de información, sino la difusión de unas ideas o doctrinas que impulsen la perpetración de unos hechos tan horrorosos como el genocidio.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez no está de acuerdo con la distinción entre justificación y negación, pues la propaganda negacionista supone un «peligro presente y claro». Además, hay que tener en cuenta que en Europa la dignidad humana ostenta «el puesto de honor en la lista de los derechos fundamentales». Por ello no entiende cómo se llega al fallo de la sentencia, siendo que

18 PORTILLA CONTRERAS, G. «La represión penal del discurso del odio», en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Quintero (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 728 – 731.

19 ALCÁCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 97, enero-abril 2013, p. 320.

anteriormente el mismo Tribunal afirmaba que el el uso de la libertad de expresión que siegue la dignidad humana se sitúa fuera de la protección constitucional.

Para D. Ramón Rodríguez Arribas la negación del genocidio supone un claro menosprecio a las víctimas que lo sufrieron, así como un intento de olvidar unos hechos históricos. Este peligro debe evitarse precisamente ahora por estar resurgiendo actitudes con estas características, por eso la parte del precepto declarada como inconstitucional no vulnera de ningún modo la libertad científica.

Finalmente, D. Pascual Sala Sánchez ve una clara incoherencia en la Sentencia, pues el mismo argumento utilizado para explicar la justificación puede realizarse de la negación. Entiende que se castiga no la negación y justificación en sí mismas, sino ambas como una forma de justificar el delito de tal manera que supongan una incitación indirecta a su comisión.

3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

Considero que el TC adolece de una incoherencia que no debería ser tan manifiesta en una resolución como la presente. Esta contradicción queda reflejada cuando el propio Tribunal reconoce que tanto la justificación como la negación del genocidio *per se* no conllevan una incitación, bien a la producción del genocidio, bien al odio o violencia²⁰. Por ello en su FJ 8º rechaza la constitucionalidad del inciso «nieguen o» porque sustenta el test constitucional en otro elemento adicional no expreso, que es la idoneidad para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Establece en este fundamento que interpretarlo de este modo desborda su competencia. Sin embargo, es precisamente este elemento el añadido a la justificación, pues en el FJ 9º establece que no toda justificación debe ser penada, sino solo aquella justificación idónea para la creación social de hostilidad, es decir, aquella que incite indirectamente a la perpetración del genocidio o bien busque alguna suerte de provocación de odio hacia el grupo afectado. No se basa por tanto en la distinción que hace – y comparto – entre justificación y negación, suponiendo la primera necesariamente un juicio de valor, sino en la posible incitación que puede acarrear, a juicio del Alto Tribunal, solo la justificación, pero que a mi parecer puede predicarse igualmente de la negación si va encaminada a tergiversar un hecho histórico, tratando así de fomentar el olvido del

20 Así, la sentencia establece que «la mera negación del delito (...) resulta en principio inane» (FJ 8º). Respecto de la justificación, «tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio». «Por ello, el legislador puede, (...) perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE».

mismo e incluso generar un estado de opinión en la población favorable al genocidio²¹. Por tanto, la relectura constitucional que realiza el Tribunal para la justificación podría hacerla para la negación y, en consecuencia, mantener la constitucionalidad de todo el precepto²².

Tampoco estimo que debería castigarse toda negación o justificación, pues creo que debe respetarse aquella negación del genocidio encuadrada dentro de las conductas revisionistas, esto es, dentro del ámbito del estudio de la historia, aquellas que solo buscan la relectura de hechos históricos en el marco científico y a la luz de investigaciones y nuevos datos, y no la discriminación o trato degradante a un colectivo, ni generar tales sentimientos en otros individuos²³. A la misma conclusión llego respecto de la justificación en cuanto mera adhesión ideológica²⁴. Por eso como bien afirma el magistrado D. Pascual Sala Sánchez, el legislador ha querido sancionar la «“negación” o “justificación” en cuanto signifiquen, (...) la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión». Pero sobre todo entiendo que el delito buscaba acabar con aquellas acciones que pudieran generar un clima de odio u hostilidad. En apoyo a todo lo expuesto, basta leer la nueva regulación del delito en el art 510.1.c CP, por la cual vuelve a sancionarse la negación del genocidio, entre otras conductas, pero solo cuando se promueva o favorezca dicho clima. Por tanto, lo que necesitaba el artículo no era una interpretación sino una nueva regulación en la que se tuviera en cuenta el elemento incitador para así evitar equívocos²⁵.

4. REPERCUSIÓN PRÁCTICA

Resuelta la cuestión de inconstitucionalidad, la AP de Barcelona procedía a resolver en su sentencia de 5 de marzo de 2008, el recurso de apelación contra la sentencia de 1998.

Excluidos los hechos por los que se constataban las doctrinas negacionistas, al ser declaradas inconstitucionales, sigue habiendo razones suficientes para aplicar el art 607.2 CP, pues se trata de

21 En este sentido se pronuncia el Ministerio Fiscal al determinar la verdadera localización del precepto.

22 En el mismo sentido, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V. «El Derecho penal...», *cit.* pp. 432-433.

23 En contra, *vid.* CATALÀ I BAS, A. Y ZULIMA PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», en *Revista Europea de Derechos fundamentales*, nº. 12, 2º semestre 2007, pp. 190-193 . En este trabajo se considera que la negación de un hecho cuya existencia ha quedado constatada, nunca puede ser neutral.

24 Sin embargo para Bilbao Ubillos sí que debería pensarse toda justificación y así realizar una interpretación conforme a la realizada por la jurisprudencia respecto de la apología del terrorismo. BILBAO UBILLOS, J.M, «La negación de un genocidio no es una conducta punible. (Comentario de la STC 235/2007)» en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº. 85, enero-abril 2009, p. 347.

25 CATALÀ I BAS, A. Y ZULIMA PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto...» *cit.* p. 193.

la difusión de unas publicaciones y materiales cuyo contenido demuestra la voluntad de denigrar a la comunidad judía y así incitar indirectamente a la discriminación o al odio (FJ 5). Que sea el contenido de la difusión la evidencia de la voluntad de denigrar, cuestiona cuál sería entonces el dolo exigible al librero pues es posible que no pretenda con la venta conseguir esa incitación²⁶.

En cuanto a carácter continuado del delito, la Audiencia concluye que no existe un momento consumativo, sino un período durante el cual persisten los elementos objetivos y subjetivos, por lo que el delito se consume en todo momento (FJ 6°).

Con esta resolución se configura el delito como de mera actividad y peligro abstracto consistente en la difusión pública de doctrinas que justifican el delito de genocidio, pero solo cuando se constate una incitación indirecta a la discriminación u odio de un grupo, siendo éste el dolo del sujeto activo. El resultado lesivo es por tanto la idoneidad, valorada en un juicio ex ante, de las conductas para generar un clima de violencia, odio o discriminación.

VI. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DEL AÑO 2008

1. CASO DE LA LIBRERÍA EUROPA II

Se le acusa al señor V. de unos hechos muy similares. En la sentencia del JP nº 11 de Barcelona, destaca cómo el juez de primera instancia refleja la importancia de la conducta de adoctrinamiento que se pretende con la difusión de ideas justificadoras del genocidio, configurándolo así, parece, como el dolo del delito. En concreto establece que el acusado utilizaba los libros para «adoctrinar en el racismo, en la discriminación de minorías, en el antisemitismo o en la difusión del odio a los diferentes, a través de una actividad profesional como realiza el acusado» (FJ 3°).

Afirma el juzgador que basta para consumir el delito del art 607.2 CP con la difusión, pues el delito es de mera actividad, teniendo en cuenta el contenido de menosprecio contra el pueblo judío, que incita a su discriminación. Por ello y además de los libros, las conferencias celebradas en la librería y su propia estética, se condena por el delito de apología del genocidio en concurso real con el delito del art. 510 CP, en base a los diferentes bienes jurídicos protegidos que se desprenden por

²⁶ Esta cuestión es planteada por Teruel Lozano, concluyendo que efectivamente se exige esa incitación indirecta al librero. TERUEL LOZANO, G.M, «La lucha del Derecho contra el negacionismo... cit.p.467.

la sistemática de los preceptos, teniendo el art 607.2 como bien jurídico la comunidad internacional en su modalidad de convivencia pacífica, mientras que en el 510 es la igualdad y la no discriminación.

1.1 Sentencia de la AP Barcelona (Sección 2ª) nº 259/2010 de 26 de abril

La Sentencia es recurrida como en el caso anterior en apelación y la Audiencia esclarece cuál es el contenido de lo injusto del delito del art. 607.2 CP dentro del marco ya dado por el TC.

En su FJ 3º la Audiencia no considera que se trate solo de tesis por las que se niega el genocidio, sino que se manifiestan doctrinas capaces de incitar, aunque sea indirectamente, a la discriminación, y considera como indicios suficientes las conferencias, el contenido y autores de los libros, y la «parafernalia» claramente nazi de la librería, tal como ya había concluido en su momento el juzgador a quo.

A partir de aquí la Audiencia realiza una labor de interpretación del tipo penal para dotarlos de contenido (FJ 4º). Así, el delito del art. 607.2 CP es de peligro abstracto por el que basta la peligrosidad de la conducta salvo que el acusado pruebe su inexistencia de antemano.

La Audiencia parte de dos puntos comunes: el primero, que el art 607.CP no puede ser calificado como delito de apología del genocidio, en el sentido de la apología a la que se refiere el art 18 CP, pues se solaparía con el art 615 CP; el segundo, no se puede sancionar la simple exteriorización pública de una opinión, por reprobable ético socialmente que resulte.

De aquí surge el intento de dotar de sentido material al precepto, el cual debe ser restrictivo por la convergencia con derechos fundamentales, y porque a pesar de ser un delito de peligro abstracto, no hay una presunción iure et de iure de peligrosidad para ciertos colectivos. Para ello la Audiencia asume la posición doctrinal en cuanto al delito del 607.2 que entiende como esencia de su ilicitud «el mensaje de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio, por lo que el precepto debería ser interpretado en el sentido de delito de peligro de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad» (FJ 6º). Se valora en qué medida la conducta de V. era típica. La exposición pública de las ideas o doctrinas solo suponía una parte del tipo del 607.2, si bien podía constituir un delito de injurias de afectar al honor de las víctimas. Pero el bien jurídico del delito de apología del genocidio sería la dignidad humana en su vertiente supraindividual o incluso

supraestatal, por lo que podrían las conductas dar lugar a un concurso ideal entre estos delitos señalados. Además, el contenido de la difusión debe tener un carácter justificador del delito y con capacidad de humillar, menospreciar o generar hostilidad. El dolo supone tanto la difusión de tales contenidos como la intención de incitar en otros las actitudes de hostilidad o violencia contra un grupo. Por último, es en la difusión donde se encontraría la capacidad objetiva ex ante de poner en riesgo el bien jurídico protegido.

La sentencia de la AP confirmó la condena por el delito del art 607.2, pero no por el 510 CP. El tribunal ad quem no ve aplicable el concurso real entre el delito del art 510 y el del 607, sino el concurso de leyes si se articulan como conductas punibles sucesivas en relación a la entidad y proximidad del peligro; o bien concurso ideal si se concluye que unos mismos hechos dan lugar a dos delitos.

2. CASO DE LA LIBRERÍA KALKI

Se parte de unos hechos muy parecidos a los acaecidos en el caso librería Europa: el propietario de la librería Kalki y delegado en Cataluña de la asociación círculo de Estudios Indoeuropeos (CEI) y tres colaboradores, eran autores de escritos en los que se justificaba el Holocausto, o participantes en la celebración de jornadas del CEI con este objetivo.

La AP de Barcelona (Sección 10ª) en su sentencia de 28 de septiembre de 2009, configura el delito de la siguiente manera:

El bien jurídico protegido es, al igual que el delito de genocidio, la comunidad internacional entendida como la convivencia pacífica de los diversos grupos humanos. El delito es de mera actividad, por lo que se consuma con la mera difusión de esas ideas o doctrinas. Además, no se exige que la difusión sea a través de los medios de publicación o *mass media* pues se puede realizar por «cualquier medio de difusión». El dolo se integra por el conocimiento de las ideas que se difunden. No es necesario por tanto ese ánimo de «adoctrinamiento» o incitación al odio o violencia que pudiera deducirse de otras resoluciones. Entienden que se trata de un delito autónomo, pero no como apología del genocidio, dado que la misma la entiende prevista en el art 615 CP como provocación al genocidio – con la definición del art.18 CP -.

La AP concluye de los hechos probados que se banaliza y ridiculiza el Holocausto, siendo esto

una forma de justificación típica y no una mera negación. Los hechos son además constitutivo de un delito de provocación al odio, al quedar reflejado en las expresiones el lenguaje del odio, esto es «aquél que contiene una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación» (FJ 3º).

En cuanto al concurso de delitos, aun reconociendo en la propia sentencia que los mismos hechos dan lugar a dos delitos, establece el concurso real. Ello porque los bienes jurídicos protegidos en los arts. 510 y 607.2 CP son diferentes, aunque no dice expresamente cuáles son.

2.1. Cambio en la protección penal: STS 259/2011, de 12 de abril.

Por fin con la STS 259/2011, de 12 de abril, el TS se pronunciaba acerca del delito contemplado en el art 607.2 CP, aportando consideraciones útiles para la descripción del tipo²⁷. Así, el Tribunal aclara en primer lugar que en este delito, consistente en la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen el delito de genocidio en cualquiera de sus distintas acciones, basta con que la incitación sea indirecta (FJ 1º.2). El Tribunal define difundir como «trasladar, hacer saber, propagar, divulgar, descubrir o comunicar algo a terceros. Puede hacerse públicamente o de forma privada», pero debe exigirse que «el medio empleado permita el acceso a lo difundido por parte de un número plural de personas, que puede ser también indeterminado», (FJ 1º.4).

En cuanto a justificar, supone constatar la existencia de buenas razones a su favor. Se puede alcanzar, a juicio del Tribunal, por la «negación de los aspectos éticamente rechazables de la conducta que se justifica o incluso a través de la minusvaloración o trivialización de aquellos, para presentarla como un mal menor» y también mediante el menosprecio a las víctimas (FJ 1º.4).

El Tribunal se plantea entonces cuándo la conducta no quedaría amparada por la libertad de expresión y la libertad ideológica, estimando que para salir de la órbita de estas libertades, es necesario justificar que la conducta típica puede suponer una lesión o un peligro para un bien jurídico. Si se trata de peligro, afirma que «aunque abstracto debe ser real», por lo que la persecución de expresiones o la difusión de ideas violentas solo se justifica cuando «suponga una incitación a hacerla efectiva» (FJ 1º, 5). También las conductas deben cumplir los requisitos establecidos por el TC, esto es, que la expresión de ideas se use para menospreciar e insultar a

²⁷ Ya trató el delito en los AATS de 18 de julio de 2008 y de 3 de junio de 2009, pero sin realizar una interpretación del tipo.

personas o grupos, o para generar sentimientos de hostilidad contra ellos. Pero es preciso además que por la forma y ámbito de la difusión, y por su contenido vengan a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos.

Aclara esta conclusión el Tribunal exigiendo en las conductas un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. «No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante» (FJ 1º, 8). Con ello el Tribunal se intenta alejar, de manera prudente, de la calificación hasta entonces mantenida del delito como de peligro abstracto.

Para determinar ese peligro se cuestiona si lo que debe ser valorado como peligroso es lo difundido, o bien la difusión en relación con lo difundido. Teniendo en cuenta que esta cuestión en casos como el planteado supone moverse en tierras movedizas, el Tribunal concluye que «la existencia del peligro, por lo tanto, depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados», (FJ 1º, 8). Ponderando estos elementos, no se castiga la «mera difusión», sino la difusión «en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege». (FJ1º, 8) Con esta conclusión entiende Gascón Cuenca²⁸ que la sentencia se desvincula de la jurisprudencia establecida por el TC, pues a pesar de reconocer el TS que las expresiones contienen un carácter negativo e incluso en ocasiones vejatorio, entiende que son legítimas. En realidad, el TS interpreta de manera restrictiva lo establecido por el TC al exigir, aunque no lo reconozca abiertamente, un peligro potencial o hipotético y no abstracto. Estas modalidades delictivas, según la jurisprudencia del TS, tipifican un «comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido»²⁹, siendo esta idoneidad elemento del tipo. Por ello, las conductas en este caso deben tener aptitud para generar un peligro real en un momento no de crisis, pero sí en el que estas ideas o doctrinas justificadoras del genocidio sean menos rechazadas e irrelevantes de lo que son ahora en nuestro Estado – realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas - y así, «por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus

28 GASCÓN CUENCA, A. «Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década», nº 26, 2012, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* p 331.

29 STS 388/2003 de 1 de abril, FJ 7º.

sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa» para el bien tutelado³⁰ (FJ 8º). El Alto Tribunal concluye por ello sobre los hechos, que por muy ofensivos que sean, la conducta carece del potencial necesario para crear el «clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra los grupos de personas» (FJ 10). Por todo ello el Tribunal procede a la absolución de los condenados.

3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STS 259/2011

En España dos son los casos que posteriormente han tratado las Audiencias Provinciales en relación al delito de la apología del genocidio. Lo interesante de estos casos no es la interpretación realizada del precepto, pues se ciñe a la jurisprudencia del TS, sino la conclusión que deriva de la misma en relación con los hechos probados, poniendo en duda si realmente se produjo un cambio en la protección penal.

3.1 SAP de Barcelona (Sección 3ª) nº 104/2013, de 1 de febrero

En el caso de la SAP de Barcelona 104/2013, queda constatado que el acusado es Secretario de un partido político que dispone de una publicación oficial bimensual de carácter interno, que se hace llegar a personas del entorno aunque no sean militantes afiliados. Esta publicación la dirige el acusado al decidir los artículos que la integran, teniendo éstos a su vez una tirada de 500 copias. En algunos de estos artículos se ridiculiza, trivializa y con ello justifica los hechos ocurridos en el Holocausto nazi durante la Segunda Guerra Mundial, con referencias humillantes hacia el pueblo judío; y otros tienen un contenido que incita a la discriminación, exclusión y eliminación de distintos grupos raciales y a la exaltación y justificación de regímenes fascistas totalitarios.

Sobre estos hechos la AP concluye que las expresiones utilizadas suponen una incitación indirecta a la discriminación, odio violencia y eliminación de diferentes grupos raciales, condenando por el delito de apología del genocidio. No se trata solo de la negación del Holocausto, sino que favorece un clima de hostilidad hacia los judíos que genera un peligro, bastando con que sea abstracto o hipotético, que puede concretarse en actos de violencia, odio o discriminación ante

³⁰ Como se ha visto, el TC habla también de idoneidad para la creación de un clima de hostilidad u odio, pero sigue manteniendo el peligro en abstracto. Además, se refiere a la idoneidad en cuanto haya incitación a la comisión de un genocidio o bien a la creación de tal clima, mientras que de acuerdo al TS la idoneidad supone, en primer lugar, un acercamiento del peligro para el bien jurídico y, en segundo lugar, teniendo en cuenta ya no solo el elemento incitador sino sobre todo considerando la existencia de un peligro real valorando para ello el contexto señalado.

tales grupos. Señala además su carácter denigrante para la dignidad de los grupos afectados, entendiendo ésta como el bien jurídico a proteger.

3.2 SAP de Pontevedra (Sección 5ª) nº 330/2012, de 27 de julio

La SAP de Pontevedra nº 330/2012 condena por el delito contemplado en el art 607.2CP los hechos consistentes en difundir a través de Internet expresiones relativas, entre otras, a la solución judía, su expulsión sistemática, o de ser más valientes contra otros grupos étnicos. La Audiencia afirma que el conjunto de mensajes que se recogen en los Hechos Probados son constitutivos de una incitación indirecta a la comisión de alguna de las conductas del art 607.1. Además, al haberse difundido a través de Internet, implica un «peligro potencial de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales».

3.3 Conclusión

Estos casos demuestran cómo aplicando la misma interpretación del precepto realizada por el TS (STS 259/2011), en la que se exige un peligro real y potencial, se puede llegar a conclusiones muy diferentes, puesto que a pesar de ser los hechos en todos los casos semejantes, para el Alto Tribunal las conductas quedaron impunes, mientras que en las sentencias de las AP anteriormente señaladas, se condena. Por tanto, concluyo que ese posible cambio en la protección penal no se ha producido, al menos para los Tribunales menores, que han seguido penando por apología del genocidio, pues queda en manos del juzgador el valorar cuándo podría darse un concepto tan difuso como es el clima de hostilidad u odio, por mucho que tenga en cuenta el contexto y se apoye como elemento de lo injusto en el menosprecio que se deriva del contenido de la difusión. Es por ello que incluso tras la reforma operada en 2015, en la que se materializa la exigencia de favorecer o promover tal clima, todo dependerá del tribunal para ser aplicado el delito o no.

VII. NUEVA REGULACIÓN DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL GENOCIDIO SUBSUMIDO EN EL ARTÍCULO 510.1C) CP TRAS LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

La Ley Orgánica 1/2015, por la que se reforma el Código Penal, establece en el punto XXVI de su preámbulo como motivos de modificación del artículo 607.2 CP de una parte, la sentencia del TC 235/2007, que limita la aplicación del delito a los supuesto en los que la conducta constituya una incitación al odio y hostilidad contra minorías; y de otra, las conductas de incitación al odio y a la violencia «deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico». Estas resoluciones justifican a su vez ya no solo la nueva redacción del delito de apología del genocidio, sino su cambio de ubicación sistemática en el artículo 510.1. CP, pues de acuerdo con el TC, «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». Este cambio hay que valorarlo positivamente pues proporciona al delito el sentido de su existencia como lucha contra las conductas racistas y no tanto como forma de evitar un genocidio, siendo el bien jurídico tutelado la seguridad del grupo afectado. Otra consecuencia de esta modificación es la pérdida de la imprescriptibilidad por el anterior art 131.4 CP que se podía entender que existía si había conexión con el delito de genocidio, contemplado en el art 607.1 CP pues con la reforma de 2015 se desvincula totalmente el delito de apología del genocidio³¹. A su vez esta desvinculación hace posible, ahora sí de forma clara, su configuración como delito autónomo, en el que son posibles las formas de participación.

El artículo ha quedado positivado de la siguiente manera: «Artículo 510.1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones

31 *Vid.* Apartado II.2 del presente trabajo.

de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

1. PLASMACIÓN DE LA DECISIÓN MARCO EUROPEA DEL AÑO 2008 EN EL ART 510 CP

1.1 En cuanto al delito de incitación al odio, art. 510.1.a CP

La DM en realidad sólo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia, y no los actos de promoción, fomento e incitación indirecta. Por ello, el actual art 510.1.a CP se aleja de esta Disposición al extender la conducta típica a los actos que se encuentran en un estadio previo a los actos preparatorios, que puedan fomentar, promover, o incitar indirectamente al odio, discriminación, hostilidad o violencia. Se ha quebrado así el consenso doctrinal sobre el delito de provocación al odio, pues aunque se mantuviera un sentido amplio o estricto del término «provocar», casi siempre se ha exigido la incitación directa³², es decir, clara y explícita, sea a la comisión de un delito concreto, sea a actitudes de auténtica y real hostilidad.

La figura prevista en el 510.1.a no queda justificada, por tanto, en virtud de la DM, al ampliar considerablemente el tipo y en consecuencia, chocar con los supuestos previstos en los siguientes apartados del artículo.

1.2) En cuanto al delito de apología del genocidio, art. 510.1.c

Una de las diferencias del CP con respecto a la DM es el motivo racista. La DM exige que las manifestaciones se dirijan contra un grupo o persona integrante del mismo, caracterizado por su especial vulnerabilidad, pero no que sea por motivos racistas ni que su contenido sea en este sentido.

Otra de las diferencias es el castigo del enaltecimiento, y no el de apología, como establece la DM. En realidad, en el Anteproyecto de la reforma sí que se castigaba la apología, pero el CGPJ en su informe señaló que conforme al art 18 CP, la conducta era cualitativamente más grave que la negación o trivialización de esos crímenes³³.

32 Landa Gorostiza ve posible entenderlo como incitación indirecta. Para el autor, la relación entre estos delitos sería de «género a especie». LANDA GOROSTIZA, J.M «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)» en *Revista de Derecho Penal y criminología*, 3ª época, nº7, 2012, p. 337.

33 ROIG TORRES, M. «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en *Comentarios a la*

Además, la pena es mayor a la prevista como mínimo por la DM (pena máxima de uno a tres años de prisión). Esto queda justificado al establecer la norma española que las conductas se realicen «públicamente» y además sean idóneas para generar un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las personas o grupos protegidos, siguiendo la doctrina del TC.

A pesar de las diferencias expuestas, concluyo que la nueva regulación del delito es bastante ajustada a lo marcado por la norma europea. Sin embargo, no puede predicarse lo mismo del delito de incitación al odio, suponiendo un problema en su relación con los delitos previstos en el mismo artículo.

1.2. LA NUEVA REGULACIÓN A LA LUZ DE LA STC 235/2007

Se ha incorporado en la nueva regulación el elemento exigido por la STC en la interpretación del precepto, esto es, la referencia a la peligrosidad de la conducta, derivada de su idoneidad para crear ese clima de violencia no compartiendo la tesis al respecto de Guillermo Portillas que considera que el precepto se aleja de la STC porque se sanciona el ámbito de preparación de esas conductas³⁴.

Esta incorporación de la doctrina constitucional demuestra que podía perfectamente apreciarse en la negación, el elemento tendencial que en principio solo era de la justificación. Se ha cumplido, por tanto, lo ya reclamado por Alexandre Catalá y Zumilla Pérez, es decir, incorporar en la propia redacción del artículo un elemento incitador que permita castigar la negación del genocidio, quedando positivada la conducta.

VIII. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 510.1.c CP EN VIGOR

1. ÁMBITO OBJETIVO DEL ARTÍCULO 510.1.c CP. CUESTIONES CRÍTICAS.

1.1 Conductas: negar públicamente, trivializar gravemente o enaltecer

Como se acaba de indicar, se vuelve a sancionar la negación del genocidio, si bien se extiende la

reforma del Código penal de 2015, Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, p 1258.

34 Con esta interpretación el delito supone un ataque permanente a la libertad de expresión. PORTILLA CONTRERAS, G. «La represión penal del discurso del odio», en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Quintero (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015, p.745.

punición a otros delitos contra la comunidad internacional, como son los delitos de lesa humanidad y los llamados crímenes de guerra, conllevando una considerable ampliación del tipo penal.

Para Gascón Cuenca³⁵ no es adecuado que se haya vuelto a incluir en el tipo una conducta que ha sido protegida dentro de la libertad de expresión por el TC. En realidad, como ya se ha analizado a lo largo de este trabajo, es la mera negación la que es objeto de protección de esta libertad, pero no cuando pueda conllevar una actitud hostil contra el colectivo afectado, como exige el tipo al incluir la exigencia de fomentar o promover un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

Respecto a la trivialización, consiste en cualquier conducta por la que se minimice o reste importancia a hechos tan graves como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra³⁶. La trivialización además ha de ser grave.

En cuanto al enaltecimiento público de los delitos enunciados en el precepto o de sus autores, sirve como definición de enaltecer la establecida en la STS 481/2014 de 3 de junio aunque la misma juzgue un caso de apología del terrorismo, por la que «enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo» (FJ. 2º.2).

Es igualmente plausible la interpretación que se hace en la STS 90/2016 de 17 de febrero de 2016, en cuanto a la eliminación de la exigencia «por cualquier medio de expresión pública o difusión» en el delito de apología del terrorismo, pues del mismo modo en la apología del genocidio ya no se establece «la difusión por cualquier medio». Así, basta con que el enaltecimiento sea público, es decir, se contemplan los casos en que se hace ante una concurrencia de personas, sin necesidad de que sea numerosa.

En el intento de adecuarse a la DM, no se prevé la justificación, por lo que puede entenderse, como aprecia Gómez Martín, que para formar parte del tipo, la negación o trivialización o enaltecimiento, no deben implicar necesariamente justificación del delito o de sus autores³⁷. Contrariamente a esta opinión, desde mi punto de vista una conducta que conlleve la negación, trivialización o enaltecimiento del genocidio, va a ser muy difícil, por no decir imposible, que no

35 GASCÓN CUENCA, A. «La nueva regulación...» *cit.* p.78-79

36 GÓMEZ MARTÍN, V. Arts 510-512, en *Comentarios al Código Penal*, Corcoy et al (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 p.1602.

37 Vid. *Supra* p.1602.

sea una conducta que ya esté justificando.

Tampoco se prevé en el artículo la pretensión de rehabilitar regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, como ocurría en la redacción anterior, por lo que podría concluirse que ahora no forman parte del tipo. Sin embargo, cuando el legislador suprime una parte del precepto se debe entender que ello obedece o bien a su exclusión del tipo, o bien a su inclusión implícita en el mismo. Particularmente, estoy más conforme con esta última apreciación, especialmente porque el 510.1.c CP in fine especifica: «cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

1.2. Exigencia de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación

Como ya ha quedado reflejado a lo largo de este trabajo, los Tribunales han visto necesario exigir un clima de violencia, hostilidad, odio, o discriminación para entender típica la conducta, dando como resultado su inclusión expresa en el texto del artículo.

No se exige que se produzca efectivamente ese clima, basta con comportamientos que «promuevan o favorezcan» tal clima, lo que ha llevado a autores como Guillermo Portillas a concluir que no se habla de incitación, sino de actos previos a la misma³⁸. No puedo compartir sin embargo esta afirmación. Los Tribunales si se han referido a la posible producción de un clima hostil, es para incluir en la conducta el elemento tendencial que la hace merecedora de sanción penal. Entenderlo como el «germen» de la incitación desborda el ámbito que debe ser protegido por el Derecho Penal. No obstante, se entendería a Portillas, entendiendo que si hablamos de incitación, ya sea directa o indirecta, las conductas ya están recogidas en el apartado a) del artículo 510.1. CP. Es evidente que esta interpretación convierte en innecesario el artículo³⁹. Sin embargo, hay que precisar que el delito tal y como se contempla en la actualidad exige favorecer o promover el clima, que es el «resultado de peligro» y por tanto, el delito ha pasado a ser de peligro concreto⁴⁰, y ello

38 PORTILLA CONTRERAS, G. «La represión penal...», *cit* p.744.

39 Desde un punto de vista del Derecho comparado, Roxin llega a la misma conclusión, pues afirma que la punición de la aprobación del genocidio es perfectamente legítima, ya que amenaza la seguridad de los grupos de población que fueron afectados por esos hechos. Pero este supuesto en Alemania puede ser castigado ya conforme al § 130 párr. 1 StGB en cuanto incitación al odio contra parte de la población. ROXIN, C. «El concepto del bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», nº 15, 2013, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> Consultado por última vez el 23 de mayo de 2016.

40 Resolviendo así el problema de su legitimidad como figura de peligro abstracto que ya intentó conseguir el TS. Mientras, la incitación al odio seguiría siendo de peligro abstracto «ya que el tipo penal parece configurarse como un delito que se consumaría con la mera conducta». TERUEL LOZANO, G.M «Libertad de expresión...» *cit*. p. 32.

con independencia de que se deberá concebir como resultado una situación «macrolesiva» y difusa como es este clima de hostilidad. No se resuelve por ello el problema advertido sobre el papel de los jueces a la hora de conocer estos supuestos, pues para determinar su castigo, será crucial la valoración que realicen⁴¹.

2. PROBLEMAS CONCURSALES CON EL DELITO DE PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, AL ODIO Y A LA VIOLENCIA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA

En la mayoría de los casos expuestos se ha planteado la concurrencia tanto del delito de apología del genocidio como del delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contemplado antes de la reforma en el artículo 510.1 CP de 1995 y que actualmente se recoge en el apartado a) del mismo artículo. Ello es consecuencia del difícil deslinde que tienen ambas figuras, y así queda reflejado en la jurisprudencia: casi todas las sentencias analizadas que se pronuncian sobre el posible concurso de delitos concluyen que se trata de un concurso real, con base en los distintos bienes jurídicos tutelados y los hechos diferenciados⁴².

En realidad, hasta la reforma del CP lo adecuado era aplicar el concurso de leyes por el principio de subsidiariedad porque la jurisprudencia en la mayoría de los casos venía manteniendo que el art.510 CP revestía mayor gravedad, toda vez que debía darse una incitación directa a la provocación al odio, violencia o discriminación, y además porque estaba castigado con una pena más alta. Sin embargo, tras la reforma, nos debemos cuestionar si cabe el concurso de delitos, ya que puede entenderse subsumida la apología del genocidio en el artículo previsto, en principio, para la incitación al odio. Si por el contrario, como entiendo procede, mantenemos su independencia, y quedando claro que el bien jurídico protegido es el mismo («seguridad del grupo afectado»), ya no es plausible la relación escalonada, sino especial. Este matiz, que en definitiva reconduce igualmente al concurso de normas, se desprende de la inclusión en el apartado a) del art 510 CP de «incitación indirecta» a la hostilidad, odio, violencia o discriminación. Así, se equiparan en cuanto a la gravedad de la conducta ambos tipos. La especialidad del delito de apología del genocidio respecto del de incitación al odio también se debe al resultado de peligro exigido en el primero de

41 Tal valoración la deberán realizar en un juicio ex post, y no ex ante como se ha venido realizando, determinando si efectivamente el resultado se ha producido y por tanto la acción era peligrosa.

42 El concurso real se aplicó en las SSJP de Barcelona 16/11/1998 y 5/3/2010, pero fue ésta última la que definía claramente cuáles eran los bienes jurídicos. Igualmente las SSAP 5/3/2008 y 28/9/2009 establecen este concurso y sólo la SAP 26/4/2010 entiende que no se puede dar el concurso real entre estos delitos, pero sí el concurso de leyes si se articulan como conductas punibles sucesivas en relación a la entidad y proximidad del peligro; o bien concurso ideal si se concluye que unos mismos hechos dan lugar a dos delitos.

ellos: el favorecer o promover un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación. Por tanto, habrá concurso de leyes en atención al principio de especialidad, regulando el art. 510.1 a) el género y el art. 510.1 c) del mismo artículo la especie⁴³, bien entendido que ello debe concebirse como un elemento integrador de las conductas, sin que queden en ningún momento impunes.

3. TIPO AGRAVADO POR ALTERACIÓN DE LA PAZ PÚBLICA

El art 510.4 prevé como tipo agravado de las conductas anteriormente descritas su idoneidad «para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo», imponiendo en estos casos la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado. El establecer la alteración de paz pública como tipo agravado aclara, si se tuviera la duda, que el bien jurídico protegido en estos delitos no es la misma⁴⁴, como sí ocurre en Alemania en las conductas que castigan la incitación a la discriminación o al odio racial o a la aprobación de hechos delictivos. Con este tipo agravado además se cumple la posibilidad establecida en la DM por la que los Estados miembros pueden castigar las conductas cuando alteren el «orden público».

El cambio de este concepto por «paz pública» debe valorarse positivamente, ya que no son sinónimos⁴⁵. Coincido plenamente con Teruel Lozano en que se revela con este apartado las carencias de un claro contenido de injusto sufridas por las figuras típicas de los arts 510.1 y 2 CP. Es muy difícil determinar cuándo estaremos ante un clima de hostilidad y una alteración de la paz pública. Todavía más difícil es imaginarse tal clima sin conllevar «un grave sentimiento de inseguridad o temor» entre los miembros del grupo, de ahí que cabe cuestionarse qué es lo que se está tutelando realmente en el tipo básico⁴⁶.

43 Esta idea se extrae de Landa, pues el delito del art 510 CP no implica necesariamente una provocación directa, aunque apoya también el concurso de leyes en los diferentes crímenes que se intentan evitar: la provocación al odio hace frente a los crímenes contra la humanidad, mientras que la apología del genocidio combate el genocidio. Actualmente creo que es difícil hacer esta distinción teniendo en cuenta que ya no se prevé sólo la apología del genocidio, sino otros delitos contra la comunidad internacional. LANDA GOROSTIZA, J.M, «Incitación al odio...» *cit.* pp. 338-339.

44 Sobre el art. 510.1 CP de 1995, Gómez Navajas afirmaba que no podía ser éste el bien jurídico protegido, al ser un bien evanescente y vacío de contenido, GÓMEZ NAVAJAS, J. «Apología del genocidio...», *cit.* p. 1845.

45 Así, la STS 987/2009, de 13 de octubre, establece en su FJ 2º que «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia --STS 1321/1999--, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas --STS 1622/2001--». En idéntico sentido la doctrina científica lo define como "...la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana...".

46 TERUEL LOZANO, G.M, «La libertad de expresión...», *cit.* pp. 37-38.

4. EFICACIA PRÁCTICA DEL PRECEPTO RESPECTO A CASOS QUE ANTERIORMENTE QUEDARON IMPUNES.

Vista la ampliación del tipo sufrida, cabe preguntarse si los casos absueltos por apología del genocidio se penarían si volvieran a suceder una vez entrado en vigor el nuevo delito. Se analiza los siguientes casos en los que no se consideró haber lugar a la apología del genocidio:

En el auto de la AP de Madrid nº 1048/2013, de 24 de enero, se trata de una convocatoria a crear viñetas o mensajes «para escarnio de las instituciones religiosas y de Dios», valorando los trabajos «por su ingenio y mensaje crítico y simpático», así como varias imágenes polémicas como la imagen de Jesucristo como terrorista suicida. Por lo que respecta al delito de apología del genocidio contra, en este supuesto, los católicos, concluye la Audiencia «es una abierta exageración pretender que la imagen de un obispo ahorcado, la referencia a la iglesia ardiendo o la frase "totus muertos" constituye un delito de genocidio. Dichas expresiones nada niegan, ni tienen virtualidad para pretender la rehabilitación de régimen alguno, en concreto, que ampare una persecución genocida por motivos religiosos, por tanto, no se cumplen los elementos del art. 607.2 del CP».

A mi juicio es evidente que penar un caso así actualmente supondría un injustificado adelantamiento de las barreras punitivas, desvirtuando expresiones que han de comprenderse en el contexto de un ambiente festivo y jocoso, y porque falta para completar el tipo el resultado contemplado en el art. 510.1.c CP in fine.

Paso a analizar un caso que, de volverse a dar, entiendo debería castigarse como apología del genocidio, además de asociación ilícita por el que sí que se condenó, es el expuesto en la STS 1396/2011 de 28 de diciembre. Se trataba de la asociación denominada Hammerskin España (HSE) cuyos componentes participaban de la ideología nacional socialista, creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad, por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo que sienten, propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología y con la distribución de publicaciones y discos que contienen y difunden dichas ideas.

Lo cierto es que ninguna de las acusaciones planteó los hechos como constitutivos bien del delito de provocación al odio, bien de la apología del genocidio. Se condenó por el delito de asociación ilícita, (además de tenencia ilícita de armas en el caso de alguno de los acusados). Hoy en día según mi entender con la nueva regulación del art. 510.1.c CP no quedaría impune, si bien es cierto que también hubiese sido posible de haberse planteado acusación, aun con la anterior regulación. Ahora bien, la situación existente con anterioridad a la reforma operada es que la punidad no estaba clara, como lo demuestra el caso de la librería Kalki, donde la AP de Barcelona condenaba tanto por asociación ilícita como por los otros delitos pero esta sentencia fue revocada por TS en casación absolviendo el Alto Tribunal⁴⁷ lo que hoy, entiendo, se ha corregido con la ampliación del art. 510 CP en su conjunto e incluso considero que no da lugar a dudas de la comisión del delito que nos ocupa. A mayor abundamiento, y precisamente en relación con este caso de la Librería Kalki, si no fuese posible la subsunción en el supuesto de hecho contemplado en el art 510.1.c CP tras la reforma operada, podría dar lugar a pensarse por el art 510.1.b CP, pero en ningún caso a mi entender quedaría impune.

Finalmente un caso evidente que de darse vigente el CP tras la ley reforma operada por la LO 1/2015, sería posible su punición, es el del auto de 7 de octubre de 2015 del Juzgado de Instrucción nº. 20 de Barcelona, por el que se inadmite la querrela interpuesta contra los autores de varios tuits en los que se equiparaban actos y manifestaciones públicas de entidades y representantes políticos e institucionales de Cataluña al nazismo y regímenes fascistas. En este auto, el juzgador concede que se llega a «realizar comparaciones ciertamente desafortunadas con las personas que pretenden la independencia de Cataluña». Asimismo en el auto se reconoce que los comentarios «banalizan las actuaciones nefastas llevadas a cabo por el régimen nacionalsocialista», pero el juzgador precisa que esa trivialización no estaba castigada en el antiguo CP, por lo que la conducta no se consideraba delito en el momento de los hechos. Por tanto, está reconociendo que ahora serían punible estos hechos como trivialización grave del genocidio⁴⁸.

47 Vid. pp. 18-19 del presente trabajo.

Es llamativo que en el mismo año en el que se dictó la STS absolutoria del caso Kalki, el mismo TS en relación al caso Hammerskin afirma que «se está ante una asociación (...) que promueve el odio o la violencia, o inciten a ello. Es tan patente el "*discurso del odio*" que predica HSE que incluso el término "*odio*" aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de los recurrentes» (contestado al motivo séptimo del recurso interpuesto por los acusados).

48 La noticia sobre este caso puede leerse en:

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/10/07/catalunya/1444244853_838849.html

Consultado por última vez el 6 de mayo de 2016.

XIX. CONCLUSIONES

El discurso del odio conlleva la contaminación de las sociedades democráticas, y por ello es necesario dar respuesta al mismo la cual no tiene por qué venir dada solamente por el Derecho Penal, teniendo en cuenta que éste se rige por los principios de proporcionalidad e intervención mínima. A pesar de ello, el legislador español tipificó en el CP de 1995 las modalidades de este discurso de una forma amplia poniendo en entredicho su propia constitucionalidad.

Concebida la apología del genocidio como una manifestación del discurso del odio, concluyo que el art. 607.2 CP de 1995 regula por vez primera un tipo autónomo al desvincularlo de los actos preparatorios del genocidio del art. 615 CP. Ello conllevó un notable adelantamiento de las barreras punitivas creando un delito que en un principio se ciñe bajo la amenaza de una violación al derecho fundamental de la libertad de expresión, por lo que la evolución jurisprudencial ha procurado matizar el delito hasta interpretarlo de forma que no exista esa vulneración, concluyendo que este derecho fundamental no es absoluto. Así, el TC puso los límites a la libertad de expresión en la conducta consistente en justificar el genocidio cuando supusiera incitación indirecta a su comisión o una incitación al odio o violencia. Sin embargo, consideró que la negación del genocidio sí que estaba amparada por esta libertad, y en consecuencia, declaró parcialmente la inconstitucionalidad del art. 607.2 CP.

Bajo mi punto de vista, el Alto Tribunal debería haber mantenido la constitucionalidad de todo el precepto, ya que restringe la sanción penal para la justificación dotada de un elemento incitador el cual puede apreciarse igualmente en la negación, pues no se trataba con el precepto de castigar estas conductas en sí mismas consideradas, sino aquellas que pudieran generar un clima de hostilidad u odio.

Tras el pronunciamiento del TC, se aplica el artículo valorando si la conducta enjuiciada suponía un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pudiera concretarse en actos específicos de discriminación. Este criterio fue utilizado por el TS en su sentencia nº 259/2011 absolutoria, si bien a mi parecer lo hace de una forma tan restrictiva que hace prácticamente inaplicable el delito, especialmente en la valoración de la prueba. Además, consciente de los problemas que suponía entender la figura penal como de peligro abstracto, concedió que podía ser peligro hipotético o potencial, teniendo en cuenta para ello tanto el contenido de lo difundido como el contexto, concretando así el ámbito punitivo del delito para situaciones más graves de las que

hasta entonces se penaban. Ante este panorama del TS la jurisprudencia posterior ante unos hechos similares llegó a conclusiones punitivas tras realizar valoraciones sociales y políticas por parte del juzgador. Por ello concluyo que a pesar de todas las concreciones que se podían hacer al delito, su aplicación dependía principalmente de cómo se realizara la valoración de la prueba, siendo la tendencia de los tribunales menores, a la luz de los casos analizados en el presente trabajo, considerar los hechos como constitutivos del delito.

Además de estos problemas en cuanto a interpretación y valoración, el delito ha suscitado dudas incluso en el propio bien jurídico tutelado y el dolo, que varía según una resolución u otra.

Entiendo que con la reforma operada a través de la LO 1/2015 se ha intentado resolver las cuestiones que preceden disponiendo que el bien jurídico es colectivo y se trata de la seguridad existencial del grupo afectado. No puede cometerse por omisión, al igual que ocurre con la apología del terrorismo. Por tanto, ha de tratarse de una acción. Esta acción ha de consistir en negar, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecer a los autores de tales delitos. Debe cometerse con publicidad y contra un grupo o una parte del mismo, o contra una determinada persona pero por pertenecer al mismo. Es decir, la acción debe ir dirigida hacia un grupo «diana».

Una de las conductas suprimidas por el legislador ha sido la pretensión de rehabilitar regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio. Sin embargo, en mi opinión sigue formando parte del tipo al incluirse de manera implícita en la nueva regulación, ya que el art.510.1.c exige la promoción o el favorecimiento de un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación. Esta exigencia de promover o favorecer tal clima supone el resultado de peligro que convierte al delito en delito de peligro concreto, pues aunque el resultado sea una situación difusa, no le desnaturaliza de ser un delito de resultado.

El dolo queda abarcado por el conocimiento y voluntad de realizar la conducta descrita por motivos racistas, antisemitas u otros.

De este modo considero que el legislador ha conseguido con el nuevo artículo y su nueva ubicación sistemática en el Título XXI del CP bajo la rúbrica «Delitos contra la Constitución» no sólo ya dar cumplimiento a las exigencias europeas, sino a proteger efectivamente un bien jurídico como función de todo delito que es la seguridad del grupo afectado.

El problema radica en el delito de incitación al odio, que ha pasado a abarcar tantas conductas que se puede entender incluidas las previstas como apología del genocidio, si bien estimo que se solventa esta cuestión si se entiende que en el delito de apología hay un resultado que hace que la relación entre ambos delitos sea de especialidad.

Asimismo la evidente ampliación del tipo viene a positivizar, con las consecuencias de clarificación que ello conlleva, lo que se debía hacer anteriormente mediante tesis jurisprudenciales pues a diferencia del delito de incitación al odio, nuestros tribunales en general se han mostrado sensibles ante la justificación de tan terribles crímenes como el genocidio.

Finalmente manifestar que este delito es ahora pacífica y claramente un delito autónomo y por tanto no se puede apreciar la imprescriptibilidad que se podía deducir según la interpretación que se llevase a cabo con la regulación anterior.

El delito actualmente responde mejor a las exigencias de taxatividad del principio de legalidad, proporcionando así la seguridad jurídica garantizada por nuestra Norma Suprema como principio fundamental del derecho. Ahora bien, cuando este delito entre en relación o colisión con el resto de delitos que suponen una modalidad o manifestación del discurso del odio se deberá estar a la interpretación jurisprudencial para ver si se adopta un criterio restrictivo o amplio para condenar por el mismo y poder aplicar el criterio de especialidad. De ello dependerá el riesgo de quedar relegado a algo residual este delito de apología del genocidio.

JURISPRUDENCIA CITADA

Juzgado de Instrucción

- Auto del Juzgado de Instrucción nº 20 de Barcelona de 7 de octubre de 2015

Juzgado de lo penal

- SJP nº3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998
- SJP nº11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010

Audiencias Provinciales

- AAP de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000 (ARP: 2000/1547)
- SAP de Barcelona (Sección 3ª) de 5 de marzo de 2008 (ROJ: SAP B 3/2008)
- SAP de Barcelona (Sección 10ª) nº 892/2009 de 28 de septiembre (ROJ: SAP B 9822/2009)
- SAP de Barcelona (Sección 2ª) nº 259/2010 de 26 de abril (ROJ: SAP B 4638/2010)
- SAP de Vigo (Sección 5ª) nº 330/2012 de 27 de julio (ROJ: SAP PO 2320/2012)
- AAP de Madrid (Sección 30) nº 73/2013 de 24 de enero (ROJ: AAP M 1048/2013)
- SAP de Barcelona (Sección 3ª) nº 104/2013 de 1 de febrero (ROJ: SAP B 697/2013)

Tribunal Constitucional

- STC nº 235/2007 de 7 de noviembre (BOE num.295, de 10/12/2007)
- STC nº 6/1981 de 16 de marzo (BOE num. 89, de 14/04/1981)
- STC nº 48/2003, de 12 de marzo (BOE num. 63, de 14/03/2003)

Tribunal Supremo

- STS 388/2003 de 1 de abril (ROJ: STS 2270/2003)
- ATS de 18 de julio de 2008 (ROJ: ATS 5948/2008)
- ATS de 3 de junio de 2009 (ROJ: ATS 8762/2009)
- STS nº 987/2009 de 13 de octubre (ROJ: STS 6448/2009)
- STS nº 259/2011 de 12 de abril (ROJ: STS 3386/2011)
- STS nº 1396/2011 de 28 de diciembre (ROJ: STS 9336/2011)
- STS nº 481/2014 de 3 de junio (ROJ: STS 2405/2014)
- STS nº 90/2016 de 17 de febrero (ROJ: STS 346/2016)

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 97, enero-abril 2013.
- BILBAO UBILLOS, J,M «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario a la STC 235/2007), en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 85, enero-abril (2009).
- CATALÁ I BAS, A. y PÉREZ I SEGUÍ, Z., «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 10, 2º semestre 2007.
- GASCÓN CUENCA, A. «Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década», nº 26, 2012, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/2002/3021>, última consulta, 7 de mayo de 2016.
- GÓMEZ MARTÍN, V. «Arts 510 -512», en *Comentarios al Código Penal*, Corcoy et al (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GÓMEZ MARTÍN, V. «El derecho penal ante la mentira de Auschwitz», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volum 2010, nº 63, 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, V. «Discurso del odio y principio del hecho» en *Protección penal de la libertad de expresión e información: una interpretación constitucional*, Mir Puig (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GOMEZ NAVAJAS, J. «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal num. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», en *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 3, 1999.
- LANDA GOROSTIZA, J.M, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995 – 2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata (a la vez un comentario a la STS 259/2011 – librería Kalki – y a la STC 235/2007)» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº7, 2012.
- LANDA GOROSTIZA, J.M, «La llamada «mentira de Auschwitz» (art 607-2º CP) y el «delito de provocación» (art 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo penal N°3 de Barcelonade 16 de noviembre de 1998)» en *Actualidad Penal*, 1999.
- PORTILLA CONTRERAS, G. «La represión penal del discurso del odio», en *Comentarios*

a la reforma penal de 2015, Quintero (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015.

- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «La declaración de inconstitucionalidad del delito del "negacionismo" (artículo 607.2 del código penal español)», en *Nuevo Foro Penal*, nº 72, 2009.
- ROIG TORRES, M. «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROXIN, C. «El concepto del bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», nº 15, 2013, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> Consultado por última vez el 23 de mayo de 2016.
- TERUEL LOZANO, G.M, «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces a la reforma del código penal», en *InDret Revista para el análisis del derecho*, disponible en http://www.indret.com/pdf/1177_es.pdf consultado por última vez el 7 de mayo de 2016.
- TERUEL LOZANO, G.M, «La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano», 2014, <http://hdl.handle.net/10803/134932> consultado por última vez el 10 de mayo de 2015

RECURSOS DE INTERNET

- <http://www.injuve.es/sites/default/files/2013/22/eventosinfo/Informe%20Racismo%20Odio%20e%20Intolerancia%20en%20Internet.pdf> Consultado por última vez el día 5 de mayo de 2016.
- <http://www.lavanguardia.com/politica/20150709/54433806456/c-europa-alerta-sobre-el-dramatico-aumento-del-discurso-del-odio-en-la-red.html> Consultado por última vez el día 5 de mayo de 2016.
- <http://www.upf.edu/dretpenal/recursos/estudis/senten1.html>, consultado por ultima vez el 20 de abril de 2016
- http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/10/07/catalunya/1444244853_838849.html Consultado por última vez el 6 de mayo de 2016.