

La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal

Germán M. Teruel Lozano

Facultad de Derecho
Universidad de Murcia

Abstract

Los discursos racistas y negacionistas se sitúan en la frontera de los mensajes tolerables en una sociedad democrática. Este trabajo se propone explorar los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento español, calificado como orden abierto y personalista, en contraste con el modelo militante acogido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para después, una vez perfilado el contenido de esta libertad, someter a crítica constitucional la formulación de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia después de su reforma de 2015, desde una perspectiva constitucional-penal.

Racist and negationist speeches are at the border of tolerable messages in a democratic society. This paper will explore the limits to freedom of speech in the Spanish law, which is configured as a constitutional order «open» and based on the idea of «person», contrasting with the militant model characteristic of the European Convention on Human Rights. Then, once outlined the content of this freedom, the paper will submit to constitutional review the Holocaust denial crime and hate speech crimes after the reform of the Criminal Code in 2015, from a constitutional-criminal law perspective.

Title: Freedom of speech vs. crime of Holocaust denial and hate speech crimes: shadows without lights in the reform of the Criminal Code.

Palabras clave: libertad de expresión, delitos de odio, discurso del odio, negacionismo, Holocausto

Keywords: freedom of speech, hate crimes, hate speech, negationism, Holocaust denial

Sumario

1. La reforma de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia por la LO 1/2015, de 30 de marzo (introducción)
2. Reconstrucción de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el discurso racista y negacionista: contraste de modelos
3. Críticas doctrinales y aportaciones jurisprudenciales en la lectura de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia según su formulación en el Código penal de 1995
 - 3.1. El castigo de la apología en el Código penal y las peculiaridades de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia como tipos autónomos antes de la reforma de 2015
 - 3.2. (Sigue) Dificultades en la búsqueda de un adecuado contenido de injusto para los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia.
4. Revisión del nuevo artículo 510 tras la reforma de 2015: lectura apegada a su tenor literal y fallido intento de reinterpretación restrictiva
5. Conclusiones
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

1. La reforma de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia por la LO 1/2015, de 30 de marzo (introducción)

La LO 1/2015, de 30 de marzo (BOE, nº 77, de 31.03.2015) ha introducido una profunda revisión de los arts. 510 y 607.2 del Código penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (BOE, nº 281, de 24.11.1995) (en adelante CP)), que recogían respectivamente el delito de provocación al odio, a la discriminación y a la violencia, y el delito de negacionismo. La nueva regulación tipifica en un mismo precepto, el artículo 510 CP, dos grupos de delitos que a su vez incorporan distintas conductas típicas. En el primer grupo se castigan con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, por un lado, las *conductas de incitación al odio, a la hostilidad, a la discriminación y a la violencia y de producción y difusión de materiales con este contenido*, cometidas contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios; y, por otro, «los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos»¹. Con una penalidad menor (penas de prisión de seis meses a dos años y multa), el segundo grupo de conductas castiga, de un lado, los *actos de humillación o menosprecio* contra alguno de esos grupos o de sus miembros por motivos discriminatorios; y, de otro, el *enaltecimiento o justificación pública de los delitos* cometidos contra tales grupos diana. Como se estudiará en este trabajo, el nuevo 510 CP también recoge una serie de agravaciones y de consecuencias accesorias de los delitos.

Esta reforma respondería, según la Exposición de Motivos de la Ley, a un doble orden de motivos: en primer lugar, la nueva regulación pretende adaptar el delito de /negación del genocidio a las exigencias derivadas de la STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235; MP: Eugeni Gay Montalvo), que a juicio del legislador impondría «que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías». Sin embargo, es cuestionable que, al configurar los nuevos delitos, el legislador haya sabido acoger las indicaciones constitucionales de esa jurisprudencia, como se tratará de justificar en este trabajo. En segundo lugar, se aduce la necesidad de ajustar la regulación de estas figuras a la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre; aunque la forma como se ha acometido tal implementación también presenta dudas. Sin ánimo de hacer ahora un análisis exhaustivo en relación con las obligaciones derivadas de esta Decisión Marco y de la suficiencia de la regulación que mantenía nuestro Código penal, sí que puede ser oportuno introducir algunas ideas al respecto. El artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI, exige el castigo por parte de los Estados miembros de toda una serie de conductas relacionadas con delitos de carácter racista y xenófobo. Entre otras, reclama la tipificación de «la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico» (art. 1.1.a); y de la «apología pública, la negación o la trivialización

¹ Exposición de motivos a la LO 1/2015, de 30 de marzo.

flagrante» de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, de los crímenes de guerra y de los crímenes definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, dirigidas contra grupos diana como los anteriores (art. 1.c y d)².

Ahora bien, la propia Decisión Marco permite incluir ciertas cualificaciones adicionales a los efectos de restringir el ámbito punitivo según los distintos modelos nacionales: exigiendo la perturbación del orden público -modelo alemán-; que resulten amenazadoras, abusivas o insultantes -modelo anglosajón-; o que los crímenes negados hayan sido reconocidos por resolución firme de un tribunal nacional o internacional -modelo francés-. Además, en su artículo 7º la Decisión Marco incorpora una cláusula de garantía de las libertades fundamentales en el marco multinivel de tutela, que reconoce que las exigencias derivadas de la misma no pueden comprometer la libertad de expresión. Pues bien, el art. 510.1 CP, según la antigua redacción, no parece que dejara ninguna laguna al castigar la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos discriminatorios (más amplios que los de la propia Decisión Marco). No ocurría lo mismo, es cierto, con el artículo 607.2 CP y la tipificación del delito de negacionismo, tanto antes como después de la intervención del Tribunal Constitucional que lo declaró

² El artículo 1 de la Decisión Marco dispone:

«1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

- a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
- b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;
- c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;
- d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional».

parcialmente inconstitucional anulando el inciso referido a las conductas de «negación»³, ya que este precepto venía referido únicamente al negacionismo de los delitos de genocidio, y añadía las ideas o doctrinas que pretendieran la rehabilitación de regímenes o instituciones que ampararan tales prácticas, pero dejaba fuera otros crímenes de guerra y contra la humanidad tal y como exige la Decisión Marco.

En cualquier caso, lo que sí que parece digno de aplauso en la reforma operada (probablemente lo único) es la reubicación sistemática del delito de negacionismo para incorporarlo dentro de la más genérica categoría de los «delitos de odio», y ello aunque existan diferencias notables entre ambos tipos de conductas. Aunque no se deba confundir el discurso del odio con el discurso negacionista, en la medida que este último mantiene unas características que lo diferencian de aquél⁴, el fundamento de su castigo parte de una misma política criminal relacionada con la lucha contra el racismo y la xenofobia y ambos delitos mantienen una cierta identidad en su configuración. Asimismo, sacar el castigo de las conductas negacionistas del Título referido a los delitos contra la Comunidad Internacional puede permitir una mejor identificación del bien jurídico protegido por este delito. Y, además, tiene también el efecto positivo de evitar que se extienda a éste el castigo de la provocación del art. 615 CP, toda vez que, aunque la Decisión Marco imponga sancionar a la incitación de las conductas de negacionismo (art. 2), castigar la provocación al negacionismo como acto preparatorio era un resultado indeseable y ciertamente viciado constitucionalmente al suponer un grado inadmisibles de adelanto de la barrera punitiva⁵.

Así las cosas, este trabajo tiene como objetivo último someter a crítica la nueva regulación de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia. A tales efectos se comenzará identificando el conflicto constitucional que se produce al pretender castigar conductas *prima facie* ejercicio de una libertad fundamental, la libertad de expresión, en su colisión con otros bienes o valores constitucionales. Para ello se estudiará especialmente la jurisprudencia constitucional, tanto del Tribunal Constitucional español como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). En segundo lugar, se presentarán los hallazgos de la doctrina penal y de la jurisprudencia ordinaria de nuestro país en la interpretación de los antiguos tipos penales, lo cual servirá de orientación para afrontar la crítica a los nuevos delitos. Para terminar afrontando el análisis crítico de la nueva formulación de estas conductas, sea desde una lectura declarativa, es decir, apegada a su tenor literal, como en un intento de reinterpretación restrictiva. En sede de conclusiones se

³ STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235).

⁴ Mientras que el «discurso del odio» se caracteriza por un contenido ofensivo, «cubr[e] todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia» (Recomendación nº R (97) 20 del Consejo de Europa sobre discurso del odio [*hate speech*] de 30 de octubre de 1997), el negacionismo es un tipo de discurso que se define por su contenido «negador» o «justificador» de unos crímenes, pero no siempre tiene que venir inspirado ni pretender insuflar odio a la sociedad (de ahí que pueda hablarse, aunque algunos autores lo niegan, de un «negacionismo neutro»).

⁵ Entre otros, criticaban ese resultado, CUERDA ARNAU (2001, p. 1136); LUZÓN PEÑA (2002, p. 81); M. COBO DEL ROSAL (1997, p. 972); J. FERNÁNDEZ GARCÍA (2000, p. 21); y MANZANARES SAMANIEGO (1997, p. 762).

sintetizará mi posición última acerca de esta regulación, advirtiendo tanto las razones que creo que justifican la inconstitucionalidad de nuevo artículo 510 CP como sus defectos de técnica legislativa.

En tal sentido he de adelantar que son aplicables a la nueva formulación del art. 510 CP buena parte de las duras críticas realizadas en el manifiesto suscrito por un notable grupo de catedráticos de Derecho penal sobre la reciente reforma del Código penal. Este precepto «evidencia una enorme pobreza técnica», al tiempo que en su formulación, como se tratará de explicar, se «ha prescindido de la tradición jurídica española, olvidando las esforzadas elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales que han permitido en los últimos decenios superar los problemas que nos perseguían desde hace siglos», con propuestas que «beben político criminalmente de las peores fuentes del siglo XIX, de las corrientes más reaccionarias, más autoritarias, de aportaciones en suma que han sido por todos denostadas»⁶. En definitiva, con estos delitos que castigan formas de apología y provocación como figuras autónomas se ha resucitado ese «fantasma que recorre la democracia»⁷.

2. Reconstrucción de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el discurso racista y negacionista: contraste de modelos

El ordenamiento constitucional español, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, «se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional»⁸. La nuestra *no es una democracia militante*; el orden constitucional español no exige fidelidad ideológica, no impone la adhesión positiva al ordenamiento, ni prohíbe o expulsa de protección a ningún tipo de ideología por el mero hecho de que resulte contraria a los principios y valores afirmados por la Constitución⁹. La Constitución muestra una «clara “preferencia” por sus

⁶ Al texto del manifiesto se puede acceder en abierto en la siguiente página web: <http://www.yometirolmonte.es/2015/01/22/manifiesto-integro-60-catedraticos-derecho-penal-nuevo-codigo/>

⁷ VIVES ANTÓN (2011, p. 814) y (2006, apartado II.1).

⁸ STC, Pleno, 07/11/2007 (235), FJ 4º.

⁹ En palabras del Tribunal Constitucional, «la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque 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" [...]. Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que "no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional"» (STC, Pleno, 25/03/2014 (RTC 214/42; MP: Adela Asua Batarrita), FJ. 4ºc). También en este sentido, véanse STC, 1ª, 18/11/1983 (RTC 1983/101; MP: Rafael Gómez-Ferrar Morant), STC, 1ª, 16/12/1983 (RTC 1983/122; MP: Ángel Latorre Segura), y STC, Pleno, 21/06/1990 (RTC 1990/119; MP: Francisco Rubio Llorente),

valores esenciales»¹⁰; pero estos «valores fundamentales no actúan en nuestra Constitución como límites a los derechos fundamentales, en el sentido de que, en línea de principio, cabe el ejercicio de las libertades con el fin de propugnar otros valores, incluso opuestos»¹¹. El ordenamiento constitucional español puede así caracterizarse como un orden *abierto*¹².

Del mismo modo, el ordenamiento constitucional español también puede identificarse como *personalista*¹³. Así, la lectura de tales libertades ha de partir del reconocimiento de la persona, ya que ésta constituye la «piedra angular del edificio constitucional», y no de ningún fin social o democrático. Es de tal concepción personalista de la cual deberán «arrancar los criterios teóricos que funden las definiciones jurídicas, su interpretación y también el principio que inspire el desarrollo legislativo de las libertades públicas»¹⁴. Asimismo, esta última componente, la personalista, influirá desde la perspectiva de los límites. La Constitución española ofrece unas pautas axiológicas muy claras al reconocer únicamente como bienes jurídicos que justifican límites a las libertades de expresión y de

sobre el deber de prometer o jurar la Constitución; STC, Pleno, 12/03/2003 (RTC 2003/48; MP: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera), STC, 2ª, 16/01/2004 (RTC 2004/5; MP: Vicente Conde Martín de Hijas) y STC, 1ª, 10/05/2007 (RTC 2007/110; MP: Pablo Pérez Tremps), sobre ilegalización de partidos políticos; STC, Pleno, 29/01/2008 (RTC 2008/12; MP: Elisa Pérez Vega), sobre la Ley de paridad electoral; y STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214; MP: Vicente Gimeno Sendra), STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76; MP: Rafael de Mendizábal Allende) y STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235), sobre el discurso racista y negacionista. En doctrina, véanse DE OTTO PARDO (1985); DÍAZ REVORIO (1997); o F. J. BASTIDA FREIJEDO (2004, pp. 15-27).

¹⁰ DÍAZ REVORIO (1997, p. 7).

¹¹ DÍAZ REVORIO (1997, p. 9).

¹² Al referir el carácter «abierto» de un ordenamiento me valgo de la distinción que en su día realizaran en la doctrina italiana autores como NUVOLONE (1966) y MANTOVANI (1968a). NUVOLONE (1966, p. 363) definía la «città aperta» como «una “civitas” il cui ordinamento giuridico è incardinato sul principio della libertà per tutti di manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento...». Eso sí, admitía como límite que «a nessuno dev'essere permesso di creare situazioni tali per cui la libertà di ciascuno venga soppressa». En sentido similar, centrado en la «clausola política» (aperta o chiusa) del ordenamiento, véase la distinción entre «libertà aperta», «ristretta» o «chiusa» de MANTOVANI (1968a, p. 363), quien define aquella, la «libertà aperta», en los siguientes términos: «riconosciutà cioè senza discriminazioni tra “verità” o “non verità” ufficiali o di Stato e che, per definizione, non tollera limiti logici di ordine ideologico. Concezione, questa, rispondente al tipo di ordinamento aperto, il quale, proprio perchè si incardina sul principio della libertà come valore primario, implica per definizione il più ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero a favore di tutti e senza discriminazioni ideologiche di parte». Con carácter general, sobre la contraposición entre democracias abiertas y militantes, véase FOX/NOLTE (1995).

¹³ Así lo afirma también GARCÍA HERRERA (1989, p. 151): «Nuestra Constitución se adscribe plenamente a esta posición [personalista] no sólo por el reconocimiento que hace del valor de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1), sino también porque el artículo 20 no contiene referencias que permitan inducir una subordinación funcional, como sucede en otros derechos (por ejemplo, la función social de la propiedad)». En general, para una definición del «personalismo» como movimiento filosófico-político, véase BOBBIO *et. al.* (2008, pp. 698 y ss).

¹⁴ GARCÍA HERRERA (1989, p. 151).

información los derechos y deberes fundamentales de las personas y, en particular, «el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (art. 20.4 CE); todos ellos con carácter esencialmente personalista. Por lo que, aunque tales bienes son afirmados como límites «a título enunciativo y nunca "*numerus clausus*"»¹⁵, la preferencia constitucional es clara y la naturaleza del bien jurídico que fundamenta el límite a la libertad deberá ser un elemento de juicio al analizar la legitimidad de la limitación¹⁶.

En el marco concreto de los *discursos racistas y negacionistas*, el Tribunal Constitucional ha afirmado que ambas tipologías de discursos *van a quedar dentro del ámbito de protección inicial de la libertad de expresión; e incluso de la libertad ideológica*¹⁷. Así parece deducirse de las SSTC 214/1991, caso Violeta Friedman¹⁸; 76/1995, caso cómic racista¹⁹; y 235/2007, caso librería

¹⁵ STC, 2ª, 25/10/1999 (RTC 1999/187; MP: Rafael de Mendizábal Allende), FJ. 3º.

¹⁶ En este sentido puede verse la posición del Tribunal Constitucional con respecto al bien jurídico «prestigio de las instituciones», al que ha reconocido que goza de un menor «peso» que el que otorga por ejemplo al honor como bien individual: «En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública» (STC, 1ª, 08/06/1988 (RTC 1988/107; MP: Eugenio Díaz Eimil), FJ. 2º; y, en sentido análogo, STC, 2ª, 22/02/1989 (RTC 1989/51; MP: Jesús Leguina Villa), FJ. 2º). Sin embargo, en la STC, 1ª, 15/10/1982 (RTC 1982/62; MP: Rafael Gómez-Ferrer Morant), el Tribunal Constitucional se mostraba menos sensible a la concepción personalista del ordenamiento español al reconocer la «moral pública», definida como el «necesario *mínimum ético* para la vida social», como posible límite (implícito) de las libertades de expresión y de información, y, en consecuencia, denegó el amparo ante una sanción por un delito preconstitucional de «escándalo público». VIVES ANTÓN (2006), critica la posición mantenida por el Constitucional al considerar que si se ha descartado que la Constitución «contenga un modelo de "democracia militante"», «sería indefendible admitir una "moralidad militante" que impusiese obligatoriamente sus propios contenidos a quienes piensan de otro modo» (en sentido similar, VIVES ANTÓN (2011, pp. 805 y ss.)). MAGDALENO ALEGRÍA (2006, p. 342) también se muestra muy crítico con la sentencia.

¹⁷ STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 7º y 8º; y STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), FJ. 2º. Sin embargo, al final el Tribunal Constitucional prácticamente no tiene en cuenta la libertad ideológica a la hora de argumentar la ponderación que realiza. Así, en la STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 8º, a pesar de que el Tribunal había reconocido que estaría en juego la libertad ideológica, luego prácticamente no la considera para valorar el peso específico de la libertad de expresión y desconoce su propia doctrina en relación con el orden público como límite cuando ésta entrara en juego (STC, 1ª, 15/02/1990 (RTC 1990/20; MP: Fernando García-Mon y González-Regueral)). En este sentido, ROLLNERT LIERN (2008, p. 107), reconoce «la contradicción con la doctrina general inicialmente expuesta acerca de la máxima amplitud de la libertad ideológica».

¹⁸ En este asunto la Sra. Violeta FRIEDMAN, judía y prisionera en un campo de concentración en el que fue asesinada la mayoría de su familia, inició un proceso civil en tutela de su derecho al honor en relación con

Europa²⁰. En relación con el *discurso racista*, el Tribunal Constitucional declaraba que «[e]s evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan»²¹. Lo que el Constitucional ha rechazado ha sido que estuviera en juego la libertad de información, ya que los discursos conflictivos no eran puramente informaciones sino «juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o malintencionados que sean, sobre hechos históricos»²², en el caso Violeta Friedman; y de una publicación con contenido «narrativo» y preponderancia del elemento crítico, en el caso cómic²³. En sentido similar el Constitucional manifestaba, en relación con el *discurso negacionista*, que las «afirmaciones, dudas y opiniones acerca de las actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean [...] quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos (STC 214/1991, de 11 de noviembre, F. 8)»²⁴.

Esta jurisprudencia contrasta, en parte, con la posición mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el discurso negacionista y con algunos tipos de discurso del odio. Vaya por delante el importante matiz de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos sí que incluye una cláusula de abuso de derecho en virtud de la cual ninguna de las disposiciones del Convenio podrá interpretarse en el sentido de implicar un

unas declaraciones realizadas a un medio de comunicación por León DEGRELLE en las que éste negaba el genocidio nazi del pueblo judío y atribuía a ellos su invención. Sus recursos fueron rechazados en las distintas instancias por falta de legitimación activa. El Tribunal Constitucional, en un juicio de amparo, decidió reconocer la legitimación activa a la misma, afirmando que tendría un interés legítimo «a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país» (FJ. 4º), por su doble condición de judía víctima del nazismo y de descendiente de asesinados en el Holocausto, siendo además parte de la colectividad judía española.

¹⁹ El juicio de amparo traía causa de la sanción por un delito de injurias graves al director de las publicaciones de la editorial Makoki, SA, la cual había publicado en España el álbum «Hitler=SS», con un contenido neonazi y negacionista del Holocausto. La querrela había sido promovida por las Asociaciones «Amical de Mauthausen» y «B’Nai B’Rith de España».

²⁰ Se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Sección n. 3 de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el art. 607.2 CP, en el curso de un proceso que se había abierto frente a Pedro Varela GEISS, propietario de la Librería Europa, en la que se vendían y distribuían libros y otros materiales en los que se negaba, trivializaba y justificaban los crímenes nazis.

²¹ STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), FJ. 2º.

²² STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 7º.

STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), FJ. 2º.

²⁴ STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235), FJ. 4º.

derecho a «dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos» (art. 17)²⁵; lo que denota cómo el Convenio Europeo adopta un modelo constitucional con un cariz más militante que el español. Y es que, por más que se predique un reconocimiento global de los derechos humanos, en aspectos como son sus límites afloran especialmente las diferencias de concepción que mantiene cada ordenamiento constitucional. Éstas emergen particularmente cuando existen orígenes muy distintos entre los órdenes constitucionales, que justifican la diferente comprensión de las libertades en aspectos como es el carácter más o menos militante o abierto de la democracia²⁶. Al margen de las diferencias entre los modelos constitucionales español y del CEDH, ocurre que el TEDH ha mantenido una jurisprudencia hasta cierto punto contradictoria en relación con el discurso del odio y con el discurso negacionista²⁷. Si ya en un principio el TEDH aplicó un escrutinio mínimo («*minimal degree of scrutiny*») cuando se trataba de restricciones a la libertad de expresión frente a discursos negacionistas del Holocausto, dando una lectura del art. 10 en relación con el 17²⁸; ha terminado por excluir de plano este tipo de discursos del ámbito de protección de la libertad, expulsándolos

²⁵ Sobre esta cláusula, con carácter general véanse GARCÍA ROCA (2005) y (2009); y, en relación con la libertad de expresión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012, pp. 236 y ss).

²⁶ Por ejemplo, en España parece lógico que después de cuarenta años de nacionalcatolicismo el constituyente afirmara como valores superiores la «libertad» y el «pluralismo político», optando por esa concepción abierta de democracia; mientras que en sistemas como el alemán o el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, se prefirió un modelo militante o protegido. Como señalaba la propia Comisión Europea de Derechos Humanos, «[l]a prohibición de actividades que implican la expresión de ideas nacionalsocialistas es legítima tanto en Austria como en el propio Convenio, a la vista del pasado histórico que se encuentra en el origen inmediato del mismo, pudiendo justificarse como necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional y de la integridad territorial así como de la prevención del delito» (Decisión de 12 de octubre de 1989, sobre la admisibilidad del caso B.H., M.W., H.P. y G.K. c./Austria).

²⁷ Para un análisis general de esta jurisprudencia véase CARUSO (2011, pp. 339-352), y con un amplio estudio, véanse RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012, pp. 228 y ss.) y ALCÁCER GUIRAO (2013).

²⁸ DTEDH, 4^a, 20/04/1999 (Apl. 41448/98; caso Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania). Si bien fue la Comisión la que comenzó a analizar el discurso negacionista del Holocausto aplicando no sólo el art. 10 CEDH, sino también el art. 17 CEDH, realizando un examen mínimo a la medida sancionadora, de tal manera que reducía el juicio de «necesidad en una sociedad democrática» a la mera constatación de que se trataba de manifestaciones de contenido negacionista del Holocausto, a las que asociaba de forma indisociable la finalidad contraria al Convenio que justificaba la necesidad de su castigo. Así, decisiones de la Comisión a los casos BH., M.W., H.P. y G. K. c./Austria (1989), Walter Ochensberger c./Austria (1994), Otto E.F.A. Remer c./Alemania (1995), Gerd Honsik c./Austria (1995), Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern c./Alemania (1995), Marais c./Francia (1996), Irving c./Alemania (1996), Heerwig Nachtmann c./Austria (1998). No obstante, los primeros casos por restricciones al discurso negacionista del Holocausto la Comisión los estudió como cualquier otro conflicto en el ámbito del art. 10 CEDH, aplicando el triple escrutinio sin mayores particularidades (Decisiones de 16 de julio de 1982, sobre la admisibilidad del caso X c./República Federal de Alemania y de 14 de julio de 1983, sobre la admisibilidad del caso T. c./Bélgica.).

directamente, «*ratione materiae*», por mor del art. 17 CEDH²⁹. Una doctrina que, sin embargo, no ha aplicado a supuestos de revisionismo de aspectos históricos referidos a la II Guerra Mundial³⁰; ni a discursos negacionistas de otros genocidios³¹ o de otros crímenes de guerra³², ante los que ha preferido mantener su control a través del triple test de Estrasburgo para valorar la proporcionalidad de la injerencia sobre la libertad. Supuestos en los que, aún más, el Tribunal Europeo ha considerado que las restricciones debían valorarse con particular atención ya que afectaban a un ámbito especialmente protegido, dado el interés público de las controversias sobre hechos históricos³³. Ello contrasta con el negacionismo del Holocausto que, por el contrario, sería un «hecho histórico claramente establecido» frente al que no cabe discusión legítima³⁴, en la medida que, a juicio del

²⁹ En particular, DTEDH, 4ª, 14/06/2003 (Apl. 65831/01; caso R. Garaudy c./ Francia). Veáanse también DTEDH, 1ª, 01/02/2000 (Apl. 32307/96; caso Hans Jorg Schimanek c./ Austria), DTEDH, 4ª, 07/06/2011 (Apl. 48135/08; caso B. Gollnisch c./ Francia) y la STEDH, 2ª, 17/12/2013 (Apl. 27510/08; caso Perinçek c./ Suiza), §§ 51 y ss. Sobre la radicalidad con la que el Tribunal Europeo ha usado la cláusula del art. 17 CEDH ante este tipo de discursos, pueden verse GARCÍA ROCA (2009, pp. 797-828) y (2005, pp. 629-660). También, más general, PECH (2009, pp. 26-39) y ZAGREBELSKY (2012, p. 414).

³⁰ STEDH, Gran Sala, 23/09/1998 (Apl. 24662/94; caso Lehideux e Isorni c./ Francia); STEDH, 2ª, 29/06/2004 (Apl. 64915/01; caso Chauvy y otros c./ Francia); y STEDH, 3ª, 21/09/2006 (Apl. 73604/01; caso Monnat c./ Suiza).

³¹ STEDH, 2ª, 17/12/2013 (Apl. 27510/08; caso Perinçek c./ Suiza).

³² STEDH, 5ª, 15/01/2009, (Apl. 20985/05; caso Orban y otros c./ Francia).

³³ Por ejemplo, en la STEDH, Gran Sala, 23/09/1998 (Apl. 24662/94; caso Lehideux e Isorni c./ Francia) [traducción tomada de la base de datos WestlawES], el Tribunal Europeo apreciaba que «los acontecimientos relatados en la publicación litigiosa se habían producido cuarenta años atrás» y reconoció los esfuerzos que «todo país está llamado a hacer para debatir abierta y serenamente su propia historia». De forma similar, STEDH, 3ª, 21/09/2006 (Apl. 73604/01; caso Monnat c./ Suiza). Asimismo, el Tribunal Europeo afirmaba: «que no le corresponde arbitrar sobre esta cuestión, que se refiere a un debate vivo entre historiadores sobre el desarrollo y la interpretación de los acontecimientos de los que se trata» (STEDH, Gran Sala, 23/09/1998 (Apl. 24662/94; caso Lehideux e Isorni c./ Francia) [traducción tomada de la base de datos WestlawES]). En sentido similar, en STEDH, 2ª, 29/06/2004 (Apl. 64915/01; caso Chauvy y otros c./ Francia), manifestaba que: «es una parte integrante de la libertad de expresión la búsqueda de la verdad histórica y no es función del Tribunal arbitrar las cuestiones históricas, que son parte de un continuo debate entre historiadores que da forma a la opinión sobre los hechos que tuvieron lugar y su interpretación» [traducción propia]. A este respecto puede verse también STEDH, 3ª, 21/09/2006 (Apl. 73604/01; caso Monnat c./ Suiza) [traducción propia], donde llegaba a calificar el debate histórico como «una esfera en la cual es improbable que nada cierto exista».

³⁴ Así, ha afirmado el Tribunal Europeo que: «No puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como es el Holocausto [...] no constituye una investigación histórica asimilable a la búsqueda de la verdad. El objeto y el resultado de este acercamiento son completamente diferentes, *el propósito real es la rehabilitación del régimen Nacional-Socialista* y, como consecuencia, acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia. *Negar los crímenes contra la humanidad es por tanto una de las más serias formas de difamación racial de los Judíos y de incitación al odio contra ellos.* La negación o reescritura de este tipo de hechos históricos minan los valores sobre los que se basa la lucha contra el racismo y el anti-Semitismo y constituyen una seria amenaza contra el orden público. *Este tipo de actos son*

Tribunal Europeo, las expresiones negacionistas del Holocausto constituyen «una de las más serias formas de difamación racial de los Judíos y de incitación al odio contra ellos»³⁵ y «hoy día son el principal motor del antisemitismo»³⁶. A su vez, la *guillotina*³⁷ de la que se ha valido el TEDH contra el discurso negacionista del Holocausto también ha terminado por aplicarla a otros géneros de discursos que igualmente ha excluido de plano de protección conforme al art. 17 CEDH por su «contenido» y «finalidad» racistas, antisemitas, homófobos o islamofóbicos³⁸. Si bien esta jurisprudencia tampoco se puede afirmar que sea generalizable a cualquier discurso del odio, toda vez que en otras ocasiones el TEDH sí que se ha detenido, conforme al test de Estrasburgo, a valorar en concreto la proporcionalidad de la limitación, atendido su contenido ofensivo para los sentimientos o la dignidad de las personas o grupos, o el carácter provocador al odio o a la discriminación, de acuerdo con el art. 10 CEDH³⁹.

En cualquier caso, concluido que al menos en el ordenamiento constitucional español tanto los discursos racistas como negacionistas van a quedar incluidos dentro del ámbito inicialmente protegido por la libertad de expresión, corresponde entonces *identificar los bienes en conflicto y las pautas que orientan la concreción del límite*; para luego, en el próximo apartado, enjuiciar en qué medida el legislador ha respetado las mismas al configurar el tipo penal. Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha encontrado los siguientes bienes en potencial conflicto cuando se trata de este género de discursos racistas o negacionistas: de un lado, como ya se ha adelantado, estaría en juego la *libertad de expresión*, reforzada en su caso por la *libertad ideológica*. Y, frente a ellas, su ejercicio podría colisionar, en primer lugar, con el *honor*⁴⁰, en relación con la *dignidad humana*⁴¹. Aunque sea de forma accesoria o

incompatibles con la democracia y los derechos humanos porque infringen los derechos ajenos. Sus propuestas indiscutiblemente tienen un propósito que cae en la categoría de fines prohibidos por el Artículo 17 de la Convención» (DTEDH, 4ª, 14/06/2003 (Apl. 65831/01; caso R. Garaudy c./ Francia) [traducción propia -énfasis míos-]).

³⁵ DTEDH, 4ª, 14/06/2003 (Apl. 65831/01; caso R. Garaudy c./ Francia).

³⁶ STEDH, 2ª, 17/12/2013 (Apl. 27510/08; caso Perinçek c./ Suiza), § 119.

³⁷ A este efecto «guillotinante» se refieren también ALCÁCER GUIRAO (2013, p. 321) o CARUSO (2011, p. 352).

³⁸ DTEDH, 1ª, 20/02/2007 (Apl. 35222/04; caso Pavel Ivanov c./ Rusia) y DTEDH, 2ª, 16/11/2004 (Apl. 23131/03; caso Norwood c./ Reino Unido).

³⁹ En particular, STEDH, 2ª, 16/07/2009 (Apl. 15615/07; caso Feret c./ Bélgica); STEDH, 5ª, 10/07/2008 (Apl. 15948/03; caso Soulas y otros c./ Francia); STEDH, 1ª, 04/12/2003 (Apl. 35071/97; caso Gündüz c./ Turquía). También *vid.* DTEDH, 5ª, 29/05/2007 (Apl. 26870/04; caso Kern c./ Alemania) y la DTEDH, 5ª, 20/04/2010 (Apl. 18788/09; caso Le Pen c./ Francia).

⁴⁰ El honor, según el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho fundamental, aunque con un contenido «lábil y fluido, cambiante» según las normas, valores e ideales sociales de cada época, y caracterizado como un bien de naturaleza esencialmente personalista (STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), FJ. 3º).

⁴¹ En particular, STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 8º. La dignidad humana sería, por un lado, el valor fundante del que deriva el derecho al honor, su «núcleo irreductible» (STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC

complementaria, el Constitucional también habría justificado que podrían entrar en juego el *valor de la igualdad*⁴² y se podría comprometer el «*derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados*» de los grupos sociales⁴³. En el caso del cómic racista el Tribunal llegaba a apreciar que se podría «*corromper*» y «*deformar*» a niños y adolescentes⁴⁴, y atentaría contra la *moral*, como bien jurídico implícito en nuestra Constitución⁴⁵.

Además, en relación con la titularidad del honor y sus potenciales formas de lesión, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el honor de una persona podría ofenderse a través de juicios dirigidos a un colectivo con el que aquella sea identificable⁴⁶, aunque no se la señale específicamente, y a pesar de que tales expresiones estuvieran referidas en forma

1995/76), FJ. 5º), pero, al mismo tiempo, adquiriría una virtualidad propia: «La dignidad humana como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva, y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una étnica (a cualquier pueblo o a cualquier étnica) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos» (STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 8º).

⁴² Así, en la STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 8º, reconocía que el discurso racista termina «desconociendo la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas» (FJ. 8º).

⁴³ En tal sentido concluía el Tribunal Constitucional: «de la conjunción de ambos valores constitucionales dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos [...], pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades *tiene el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social*» (STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 8º -cursivas mías-).

⁴⁴ STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), FJ. 5º.

⁴⁵ Así las cosas, en su STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), el Tribunal sintetizaba el contenido ofensivo del cómic señalando que trataba de un «mensaje racista, ya de por sí destructivo»; el cual además se valía de un «vehículo expresivo» con talante libidinoso y en algún caso que rozaba lo «pornográfico», superando el «nivel tolerable para la sociedad española» y desprovisto de cualquier valor socialmente positivo. Añadía que a lo largo de sus páginas se verificaba un «lenguaje de odio, con una carga densa de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación» (FJ. 5º). Todo lo cual resultaba a juicio del Tribunal «en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud» (FJ. 5º). Consideraba por tanto que entrarían en juego los «límites» a la libertad de expresión marcados por la Constitución, pero también el respeto a la «moral» señalado por el Convenio de Roma y, en última instancia, la prohibición de la apología al odio.

⁴⁶ En palabras del Tribunal Constitucional: «también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad» (STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 6º -cursivas mías-).

«innominada, genérica o imprecisa»⁴⁷. En tal sentido, ha reconocido que el honor puede corresponderle a los individuos «*como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rasgo dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso*»⁴⁸. De lo cual ha derivado que se pueda ofender el honor de tales grupos «en su conjunto», como grupo de personas identificable, y en consecuencia ha declarado que, si se puede atacar a título colectivo, también ha de poder defenderse en una dimensión colectiva, otorgando legitimidad, «*por sustitución, a personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano*»⁴⁹. Así, ha afirmado el Tribunal Constitucional que «el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, *lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean*»⁵⁰. Advertir que, aunque el Constitucional ha asumido esta posibilidad de ofensa colectiva y su consecuente legitimación pasiva colectiva, sin embargo ha argumentado finamente para que el bien jurídico honor no pierda su esencia personalista⁵¹.

En cuanto a las pautas que orientan la concreción del límite, siguiendo la STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235), FJ. 5º, se podrían identificar: a) la proscripción de *expresiones «ultrajantes u ofensivas»* que resulten innecesarias (en la colisión con el honor); b) el «*deliberado ánimo de menospreciar y discriminar*» (colisión con honor y dignidad humana ante discursos racistas y xenófobos)⁵²; c) cuando se produzca «*humillación de [las] víctimas*» (ante

⁴⁷ STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 6º.

⁴⁸ STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), FJ. 3º

⁴⁹ STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76), FJ. 3º.

⁵⁰ STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 8º

⁵¹ Más dudas ofrece, sin embargo, el «interés legítimo» que reconocía el Tribunal Constitucional a la Sra. V. FRIEDMAN, «a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país» (STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 4º), ya que una cosa es que ésta pudiera verse ofendida ante unos genéricos ataques contra la comunidad judía dada su doble condición de judía víctima del nazismo y de descendiente de la asesinados por el Holocausto y miembro de esta comunidad, y otra es que lo que se esté defendiendo en esta causa fuera una suerte de derecho al honor colectivo de su grupo social.

⁵² Así, según el Tribunal Constitucional la carga ofensiva del discurso racista que justifica la privación de protección se concentra en su disposición a «despreciar» o «humillar» a las víctimas, a través del menosprecio a ciertos grupos sociales, y ello aunque en sentido estrictamente «lingüístico» no se trate de «insultos innecesarios» (expresiones «formalmente» injuriosas). Por ejemplo, en la STC, 1ª, 11/11/1991 (RTC 1991/214), FJ. 8º, el Tribunal no encontró la lesividad del discurso en su carácter «formalmente injurioso», sino en que éstas «poseen una *connotación racista y antisemita*» que llevaría a que tengan que ser interpretadas como una «*incitación antijudía*»; tratándose, además, de opiniones que «no comporta[n] exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral sino antes al contrario y esencialmente *conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas*» (cursivas mías). O en la STC, 2ª, 22/05/1995 (RTC 1995/76),

discursos apologéticos del terrorismo en relación con el honor y la dignidad); d) cuando las opiniones se acompañen de «juicios ofensivos» y supongan una «incitación racista» (en discursos negacionistas también en relación con el honor y la dignidad). De forma todavía más concreta, al enjuiciar la constitucionalidad del delito de negacionismo, el Tribunal Constitucional trazó de manera nítida las fronteras del reproche penal, quedando proscritos constitucionalmente estos discursos: a) Cuando supongan una «incitación directa a la perpetración» del genocidio; b) Cuando se dé una «provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación»; c) Si el comportamiento resulta «despectivo o degradante respecto a un grupo de personas»; d) Cuando se trate de «expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas» (STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235), FJ. 9º).

Una jurisprudencia que, sin embargo, creo que no debe asumirse sin realizar algunos apuntes críticos, ya que la plena comprensión de nuestro ordenamiento como abierto y personalista exigiría algunas precisiones que el Tribunal Constitucional no ha descubierto plenamente. En primer lugar, como se ha adelantado, a la hora de *seleccionar los bienes jurídicos susceptibles de justificar un límite a la libertad de expresión* hay que ser cauteloso con aquellos que tienen *naturaleza supra-individual*. De ahí que, discrepando parcialmente con la doctrina del Tribunal Constitucional analizada, cuestione que el límite pueda fundarse en bienes como la «moral», el «valor de la igualdad» o en un genérico «derecho a convivir pacíficamente», ello relacionado con una concepción supra-individual de la dignidad humana⁵³. Son bienes de naturaleza ideal o espiritual con contornos muy difusos⁵⁴, que

FJ. 5º, el Tribunal entendía que «[l]a lectura [del comic] pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio». Destacaba que cada viñeta «es agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto»; si bien el Tribunal admitía que no le correspondería terciar en tal lid, aunque sí que podía traerlo a colación en tanto que «signo externo de su talante ofensivo». Además, advertía que en el comic, tanto en lo que se manifiesta como en su lenguaje implícito, «late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. *Una actitud racista contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente*» (cursivas mías). No obstante, esta última afirmación merece una particular atención, ya que si el propio Tribunal había comenzado reconociendo que la Constitución española ampara incluso a quienes la niegan (FJ. 2º). Véanse MARTÍNEZ SOSPEDRA (1993, p. 5795) y (2000, p. 103); y CUERDA ARNAU (1995, p. 101).

⁵³ En este sentido se ha posicionado de manera muy precisa FEIJOO SÁNCHEZ (2000, p. 1200): «Legitimar el castigo de la negación del genocidio afirmando que se protege en general la dignidad de seres humanos no es más que un salto en el vacío que deja en evidencia los problemas dogmáticos para legitimar una intervención penal frente a expresiones políticamente incorrectas. La dignidad es el concepto de personalidad, y para afirmar que la negación constituye o puede constituir un delito contra las personas habría que concretar la lesión de un derecho personal (por ejemplo, el honor)». Entre otros muchos, comparten esta posición crítica sobre la afirmación de la dignidad humana como límite supraindividual a la libertad de expresión, ROLLNERT LIERN (2008, p. 143); CUERDA ARNAU (2001, p. 1163); AMBROSI (2008, pp. 528 y ss.) y (2006, pp. 49 y ss.); y CARUSO (2013).

llevarían a denegar la protección constitucional a expresiones por la mera contradicción formal frente a tales ideales sociales o jurídicos, creando así una suerte de «orden público constitucional»⁵⁵, inadmisibles como límite en un modelo abierto de democracia. Tampoco cabría fundamentar el límite en otros bienes supra-individuales como el orden público, la paz pública o en un aún más impreciso «clima de tranquilidad pública», aunque se optara por una concepción de los mismos en sentido material y objetivo, abandonando su interpretación como bienes ideales o en su dimensión puramente subjetiva como sentimiento general de paz. Son conceptos con una fuerte connotación política⁵⁶, que ni siquiera en su concepción material ofrecen un bien suficientemente definido⁵⁷, por lo que demuestran un peligroso potencial expansivo anti-liberal que puede terminar convirtiéndose en una forma de sanción al disidente político⁵⁸. Por ello considero constitucionalmente más adecuado que a la hora de concretar un límite a la libertad de expresión ante discursos racistas o negacionistas se opte por justificarlo por su colisión con el honor o la dignidad humana en sentido individual y personalista.

En segundo lugar, en relación con las *pautas seleccionadas para la concreción de los límites*, nada cabe objetar cuando se excluya de protección constitucional unas «*expresiones absolutamente vejatorias*»; y es que es inveterada la jurisprudencia que justamente ha sostenido que la Constitución española no ampara un pretendido «derecho al insulto» en

⁵⁴ En palabras de FRONZA (2012, p. 135): «Non sfugge a tale indeterminatezza anche la dignità umana [...]». Nonostante recenti sforzi dottrinali per attribuirle un significato maggiormente preciso, anche se declinata come diritto all'uguaglianza di tutti gli individui di una comunità o come diritto a non subire discriminazione, la dignità umana rimane, comunque, -a livello penalistico- un concetto di difficile afferrabilità». También se ha mostrado crítica con el carácter difuso del bien jurídico dignidad humana, CUERDA ARNAU (2001, p. 1163).

⁵⁵ En este sentido, la *Corte Costituzionale* italiana ha intentado justificar el límite del orden público definiéndolo como «ordine pubblico costituzionale», entendido éste como «l'ordine legale su cui poggia la convivenza sociale» (así, entre otras, Sent. Cort. Cost., 08/03/1962 (N. 19/1962; MP: Aldo Sandulli)). En contra de esta concepción véase especialmente BARILE (1984, p. 125). En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su STC, Pleno, 15/02/2007 (RTC 2007/38; MP: María Emilia Casas Baamonde) en relación a la ordenación de la educación y las enseñanzas de religión, afirmaba las «exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional» (FJ. 13º).

⁵⁶ Según BARILE (1984, p. 122), se trata de «un concetto politico, il che provoca tutte le incertezze». De forma más general afirma FIORE (1972, p. 167): «"Ordine pubblico", o "sicurezza dello stato", non sono concetti ideologicamente neutrali, come "fede pubblica" o "pubblica incolumità"; ma sono, al contrario, "nella loro stessa struttura il prodotto di un sistema di valori ideologici", che da luogo ai tipici valori conflittuali della libertà ideologica».

⁵⁷ Véanse ROSSO (1982, p. 153); DE VERO (2005, p. 295); SCHIAFFO (2004, p. 265); LANDA GOROSTIZA (1999, pp. 704 y ss.); LAURENZO COPELLO (1996, p. 234); CUERDA ARNAU (2001, p. 1141); y FEIJOO SÁNCHEZ (1998, p. 2272).

⁵⁸ STORTONI (1979, p. 95).

tutela del honor de las personas⁵⁹. Más problemático resulta admitir la pauta del comportamiento «*despectivo o degradante respecto a un grupo de personas*». Por un lado, cuando esta pauta se aplica a un género de discurso como el racista o el negacionista, hay que llevar cuidado para que no termine facilitando la exclusión de plano por el mero contenido de tales discursos. De ahí que, a mi juicio, se haga necesario que se verifique en concreto, a la luz de las distintas circunstancias tanto de contenido del mensaje como de forma y de contexto, que el discurso ha resultado ofensivo para una persona, aunque sea en relación con su pertenencia a un grupo social; es decir, que se ha producido una vejación a un individuo, que se ha atacado su estima al haberse vilipendiado su condición personal o social, degradando su *status* en la sociedad. No se trata de dar tutela ni a «sentimientos colectivos», ni a meras «sensibilidades personales», sino a auténticas vejaciones o humillaciones de la estima de una persona. Además, desde el punto de vista de la titularidad del bien jurídico, hay que evitar reconocer titularidades colectivas. Y, en el caso de admitir la tutela colectiva, como ha hecho el Tribunal Constitucional, ello debe hacerse siempre desde la perspectiva de que tales ofensas hayan podido humillar o vejar a personas miembros de ese grupo a través de su efectiva degradación. Aún así, este equilibrio es difícil y puede abocar fácilmente a la peligrosa pendiente de las «difamaciones de grupo» que es mejor evitar⁶⁰.

También es necesario perfilar las pautas referidas tanto a la «*incitación directa a la perpetración*» del genocidio, como a la *provocación al odio o a la violencia* que genere «*un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación*». Como se estudiará a continuación, debe tenerse en cuenta que lo que justifica el límite no es que la incitación sea «directa» o «indirecta», es decir, que se trate de un discurso que de manera más o menos explícita incite a cometer actos ilícitos⁶¹, sino el grado de peligrosidad y la cercanía del peligro⁶². Esto último da un contenido ofensivo que justifica excluir de protección constitucional a un discurso. Así, los discursos provocadores

⁵⁹ Entre otras muchas, pueden verse STC, 2ª, 22/09/2008 (RTC 2008/108; MP: Ramón Rodríguez Arribas) y STC, 2ª, 26/02/2001 (RTC 2001/49; MP: Guillermo Jiménez Sánchez).

⁶⁰ En este punto es conveniente tener en cuenta la advertencia de MANETTI (2003, p. 107), que señala con respecto a la legislación francesa que «la diffamazione “di gruppo” come fattispecie penale autonoma soffre della difficoltà di riferire il bene dell'onore ad una collettività non soggettivizzata, e del rischio di punire non una vera e propria offesa, ma una semplice manifestazione di opinioni, riferita in termini generalizzanti». Sobre el *hate speech* y las difamaciones de grupo, véase WALDRON (2012, pp. 34 y ss.), y, véase un comentario sobre la obra de este autor y sus críticas en TURIENZO FERNÁNDEZ (2015, pp. 6 y ss).

⁶¹ En este sentido, ALESIANI (2006, p. 145) critica la doctrina de las formas activizantes del pensamiento como límites a la libertad de expresión, y recuerda al Juez HOLMES quien advertía que «[l]'unica differenza tra l'espressione di un'opinione e l'incitamento sta nella passione di chi parla per il risultato. L'eloquenza può dar fouco alla ragione».

⁶² Desde una perspectiva jurídico-penal, pero aplicable a cualquier supuesto de restricciones al ejercicio de la libertad fundamental, advierte DE PABLO SERRANO (2014, p. 82) que «[l]a mera posibilidad de que la amenaza se haga efectiva no bastará para coartar la libertad de expresión a menos que tal amenaza no aparezca revestida de signos de seriedad, inminencia y auténtica peligrosidad. Por tanto, la clave radica en la intensidad exigida a la conexión causal (causalidad) entre tales ideas y sus posibles efectos». En sentido similar se pronuncia en DE PABLO SERRANO (2012).

a actos ilícitos sólo podrán ser privados de protección constitucional si, atendidas las circunstancias concretas (tanto del propio tenor del discurso como del contexto) generan un «claro» e «inminente» peligro de que se produzca una lesión de un bien constitucional, entendido como alta probabilidad de que se verifique el «resultado lesivo temido» (la lesión del bien constitucional). En particular cuando se trate de un peligro relacionado con contextos socio-políticos cambiantes y no susceptibles de comprobación científica, la valoración de la efectiva peligrosidad exige también una inminencia; es decir, el peligro ha de resultar «cercano» en el tiempo. No es lo mismo que se dé un peligro de contaminación de un río, que si el peligro es la generación de un clima de hostilidad social, donde esa peligrosidad sólo se puede probar mediante criterios de valoración socio-políticos y por ello es recomendable exigir no sólo una «alta probabilidad» de que se verifique el resultado sino también una «inminencia» en el mismo⁶³. De ahí que la doctrina norteamericana acuñara en el caso del discurso extremo el criterio del «*clear and present danger*», que bien podría ser trasladado a nuestro ordenamiento para trazar la pauta constitucional⁶⁴. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el «resultado lesivo temido» ha de ser acto ilícito o delictivo reprochado por el ordenamiento jurídico en salvaguarda de bienes jurídicos de rango constitucional. La provocación a hechos lícitos, o a hechos ilícitos pero que no tutelan bienes constitucionales, no justifica limitar la libertad de expresión.

Por último, aunque el Tribunal Constitucional no lo haya mencionado, también cabe admitir la legitimidad del castigo de aquellas expresiones que fueran «amenazantes» con las que se coaccione la libertad de las personas.

3. Críticas doctrinales y aportaciones jurisprudenciales en la lectura de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia según su formulación en el Código penal de 1995

3.1. El castigo de la apología en el Código penal y las peculiaridades de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia como tipos autónomos antes de la reforma de 2015

⁶³ ALESIANI (2006, pp. 207 y ss.) es uno de los autores que de forma más certera ha propuesto una relectura constitucionalizada de este género de delitos exigiendo tanto una definición más clara del resultado de peligro como determinando el grado e inmediatez de la peligrosidad. Critican el recursos a resultados lesivos que supongan situaciones macrolesivas sobre la base de elementos de índole socio-política, en particular, FRONZA (2012, p. 144); o MERLI (2008, p. 37).

⁶⁴ Las primeras sentencias donde el Tribunal Supremo de los EE.UU. formula la doctrina del «*clear and present danger*» fueron los casos Schenck v. United States, 249 US 47, 51-52 (1919) y Abrams v. United States, 250 US 616 (1919), perfilándose a lo largo de una larga jurisprudencia (así, por ejemplo, Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925) o Dennis v. United States, 341 US 494 (1951)). Sobre esta cuestión véanse en nuestra doctrina RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012, pp. 158 y ss.); y DE PABLO SERRANO (2014, pp. 73 y ss.).

El Código penal de 1995 optó por mantener el castigo de la apología⁶⁵ a pesar de las críticas que la doctrina había venido haciendo a esta figura delictiva, que ha llegado a ser definida como ese «fantasma que recorre el Derecho penal de la democracia»⁶⁶. Ahora bien, a la hora de configurar la figura de la apología el legislador optó por fundar su punición como forma de provocación al delito⁶⁷, situándola entre los actos preparatorios⁶⁸. Una elección que no ha estado exenta de críticas por las dificultades conceptuales que supone concebir la apología como una provocación⁶⁹, y, en cualquier caso, vista la configuración ofrecida por

⁶⁵ Así, el art. 18 CP regula la provocación como acto preparatorio punible, que sólo se castigará en los casos previstos por la ley. Se entiende por provocación «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». En el párrafo segundo del apartado 1º de este precepto se recoge el castigo de la apología: «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 ensalzen 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».

⁶⁶ VIVES ANTÓN (2011, p. 814) y (2006, apartado. II.1).

⁶⁷ Destacan tres principales posiciones en cuanto al fundamento de la punición de la apología: a) como especie de participación posterior al hecho (al modo del encubrimiento); b) como delito autónomo cuya punición pretende la protección de intereses como el orden público; c) como forma de provocación al delito. La configuración dada a la apología por el legislador español en 1995 parece encajar en esta última. Sobre las distintas fundamentaciones de la apología, véanse LUZÓN PEÑA (2002, pp. 77-78); o CUERDA ARNAU (1995, pp. 102 y ss). Con una presentación de las posiciones mayoritarias en el Derecho español, véase también DEL ROSAL BLASCO (1996, pp. 195 ss).

⁶⁸ POLAINO NAVARRETE (1999, p. 954) define éstos como «determinadas manifestaciones en el mundo exterior de la resolución criminal, esto es, actuaciones que denotan la existencia misma de la resolución criminal del sujeto, y a cuya puesta en práctica se dirige el sentido de su destino». Siendo el fundamento para su sanción «la particular peligrosidad que acreditan tales actos preparatorios objeto de la descripción positiva». «Tal peligrosidad objetiva de criminalidad estriba en la elevada probabilidad apreciada en las acciones preparatorias de conducir a una inminente incidencia efectiva sobre el bien jurídico protegido en los singulares tipos legales de delito, mediante la lesión o puesta en peligro correspondiente a la consumación o a la tentativa respectivas» (POLAINO NAVARRETE, 1999, p. 955). Además, como expresa BARBER BURUSCO, (2004, pp. 134 y ss.), ante la «ausencia de principio de ejecución, que es justamente un elemento común de las tres figuras preparatorias [...], y como consecuencia de ello, ante la falta de inmediatez del peligro para el bien jurídico que generan estas conductas, si atendemos a estos principios limitadores del derecho a imponer una pena, estas anticipaciones de la punibilidad, para encontrar legitimidad, deben reducirse a un muy limitado número de bienes jurídicos y también respecto de algunos de ellos a una limitada modalidad de ataque a los mismos».

⁶⁹ Son muchas las preguntas que deja abierta esta forma de configurar la apología; así: ¿Cuál es el objeto de referencia que es ensalzado en la apología -un delito concreto efectivamente realizado o un delito concreto aunque no consumado, su autor, la abstracta comisión de delitos...-? ¿Puede una expresión apologética implicar una provocación «directa» o se trata por su propia naturaleza de formas «encubiertas» y por tanto «indirectas»? ¿Cuál es la «idoneidad y aptitud» exigible para considerar penalmente relevante una expresión apologética por poner en peligro el bien jurídico por la actividad que se ensalza? ¿Se requiere la verificación de un peligro al menos potencial? ¿Qué dolo es exigible en la apología -«dolo instigatorio» como voluntad de incitar a que se cometan actos delictivos, o un «dolo genérico» que se extienda a la voluntad de ensalzar hechos ilícitos-?

el Código en su art. 18, esta figura ha quedado sin un ámbito punitivo propio y se solapaba con el castigo de la provocación que recoge el propio precepto. De ahí que la mejor doctrina haya destacado su «inutilidad»⁷⁰.

De otro lado, el propio Código penal de 1995 entraba en contradicción con esta concepción de la apología como forma de provocación directa al delito y configuró en la parte especial dos formas autónomas de apología: el *delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo* (art. 578 CP)⁷¹ y el *delito de negacionismo* (art. 607.2)⁷², por algunos mal llamado de «apología del genocidio»⁷³. Ambas figuras compartirían el hecho de configurarse como tipos de apología que quedan fuera de los requisitos del art. 18.1 CP.

En cuanto al *delito de negacionismo* del art. 607.2 CP, una lectura apegada a la literalidad del tipo penal llevaba a concluir que éste castigaba cualquier *difusión* pública de ideas o doctrinas que *nieguen o justifiquen* el «genocidio», eso sí, entendido éste estrictamente *según la definición del tipo penal*, como «delito de genocidio», o que *pretendan la rehabilitación* de regímenes que amparen tales prácticas características del delito de genocidio⁷⁴. Su sentido

⁷⁰ En este sentido, entre otros muchos, DEL ROSAL BLASCO (1996, p. 188), afirma que «el resultado ha sido la creación de una figura de apología, con unas características típicas tales que se ha quedado sin un ámbito propio de aplicación». Más duro se muestra COBO DEL ROSAL (2004, p. 106): «estamos a presencia de un disparatado gesto legislativo, realmente estúpido, dentro de una monumental ceremonia de demagógica confusión»; y añade, «el legislador penal español, de forma un tanto rudimentaria –cuando no ramplona– que posteriormente se nos muestra como profundamente “perversa”, formula un concepto general de apología para describir algo que, posteriormente, no es apología y que finalmente conduce por los derroteros de su práctica inaplicación». O BARQUÍN SANZA y OLMEDO CARDENET (1999, p. 950) concluía que «la pretendida punición genérica de la apología como forma de provocación se queda en *flatus vocis*, en una frase huera y carente de contenido jurídico, toda vez que se limita a recuperar los mismos requisitos que se exigen para la provocación en general, de tal forma que todos los hechos hoy punibles en aplicación de las previsiones del artículo 18, seguirían siendo punibles aunque se eliminase del mismo el párrafo entero dedicado a la apología».

⁷¹ «**Art. 578 CP:** El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código» [redacción original].

⁷² «**Art. 607.2 CP:** La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que [nieguen o] justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años» [inciso declarado inconstitucional por la STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235) a la redacción original].

⁷³ La apología del genocidio según los términos del art. 18 CP venía ya castigada en el art. 615 CP.

⁷⁴ A juicio de J. L. Díez Ripollés, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *El País*, 9 de julio de 1999, «[n]os encontramos, por consiguiente, ante la criminalización de actitudes intelectuales que

literal no ofrecía rastro de la exigencia de «incitación» o «provocación» a la comisión del delito, ni directa ni indirecta⁷⁵. Como tampoco se exigía que las expresiones resultaran vejatorias o despreciativas para las víctimas⁷⁶. El delito sería, por tanto, un tipo autónomo de «mera conducta» que se consumaría por la difusión «pública»⁷⁷ de tales ideas o doctrinas⁷⁸. El dolo sólo tendría que abarcar el conocimiento y la voluntad de difundir ideas y doctrinas que tuvieran tal contenido⁷⁹. Tampoco se podía deducir ni un ánimo instigador ni un dolo específico genocida. Ni siquiera en la difusión de ideas que pretendan rehabilitar tales regímenes se tendría por qué exigir que quien divulgara tales ideas tuviera que compartir el deseo de que fueran rehabilitados.

Ante tal amplitud en la definición típica del delito de negacionismo, doctrina y jurisprudencia se tuvieron que empeñar para lograr una interpretación restrictiva de *lege lata* que circunscribiera el ámbito punitivo del precepto. Así, el Tribunal Constitucional en su STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235) realizó una interpretación correctiva del art. 607.2 CP, que a mi entender supuso una manipulación del texto del mismo al configurarlo como un delito de clima con un débil contenido ofensivo. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de castigar la conducta de «negar» pero dedujo la idoneidad para incitar como elemento tendencial implícito en la conducta de «justificar», reescribiendo así el precepto mediante una interpretación constitucionalizada que no

pretenden, por lo general sin ningún fundamento científico, cuestionar los análisis historiográficos consolidados».

⁷⁵ En este sentido, expresa VIVES ANTÓN (2011, p. 820) que «se castiga la difusión de ideas o doctrinas por sí misma, esto es, sin necesidad, al menos expresa, de que actúen provocando a la comisión de delito alguno».

⁷⁶ Así se constata también en NIETO MARTÍN y PÉREZ CEPEDA (2007, p. 1119): «La conducta se perfecciona al difundir la idea o la doctrina en cuestión, sin que requiera la vejación o humillación de las víctimas».

⁷⁷ Debe tenerse en cuenta que el tipo penal no exigía «publicidad» en sentido estricto, sino que se diera «difusión por cualquier medio». No obstante, se ha tratado de restringir el tipo penal interpretando que en el concepto de difusión subyace la idea de extender el mensaje a una pluralidad de personas, aunque sea a través de un medio restringido de comunicación.

⁷⁸ Según CUERDA ARNAU (2001, p. 1136) «parece obvio que el tipo de consuma con la mera difusión de las ideas o doctrinas, sin que se exija ningún resultado ulterior, pues incluso la tercera de las modalidades típicas aparece configurada como un delito de resultado cortado». BILBAO UBILLOS (2009, p. 320) aprecia que «[l]a conducta se perfecciona al difundir la idea o la doctrina en cuestión, sin que requiera nada más, ni provocación, ni vejación o humillación de las víctimas».

⁷⁹ Para FERNÁNDEZ GARCÍA (2000, p. 22) «[n]o se exige una voluntad de provocar el genocidio o una aprobación directa, sino que basta con que la ideología difundida preconice la implantación de un régimen que ampare tal práctica. Uno de los problemas que puede suscitar la aplicación de este tipo radica en la valoración del grado de conocimiento exigible al autor respecto al hecho que el régimen político cuya rehabilitación se propugna ampare semejantes prácticas criminales, dada la posibilidad de que los grupos neonazis recluten adolescentes poco conscientes de la trascendencia de lo que pueden afirmar». En el mismo sentido, véase QUINTERO OLIVARES (2004, p. 2149).

resulta convincente. Basar el contenido de injusto en la generación de un peligro cierto de que se genere un clima de hostilidad termina dando lugar a formas de peligrosidad presuntas incompatibles con las exigencias mínimas de antijuridicidad material⁸⁰. La jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo, por su parte, se esforzó en definir los elementos del tipo y advirtió la posibilidad de interpretarlo como un delito de peligro hipotético o potencial al exigir la efectiva verificación de una peligrosidad «real»⁸¹, algo que reforzaría el contenido de injusto del precepto, aunque seguiría planteando dudas de constitucionalidad porque todavía se mantendría un importante adelanto de la barrera de punibilidad en momentos previos no sólo a la lesión, sino al peligro concreto. Al mismo tiempo, otros órganos jurisdiccionales daban una lectura a este precepto como un delito de mera conducta y de peligro abstracto por la difusión pública de contenidos justificadores del delito, e igualmente buscaban circunscribir sus elementos típicos⁸². La doctrina, por su parte, indagó distintas posibilidades interpretativas: así, buscando el contenido de injusto no en la sanción por el contenido de las ideas, sino por el «aspecto no comunicativo» de la conducta⁸³; o reinterpretando el precepto a la luz del art. 18 CP, como una forma de provocación directa⁸⁴. También se intentaba restringir el sentido típico de la conducta circunscribiendo los términos típicos⁸⁵. Si bien, como se ha dicho, la doctrina convenía

⁸⁰ A este respecto, afirma LANDA GOROSTIZA (2012, p. 339) que «[l]a excesiva concreción de conductas (antes negar; todavía hoy justificar o pretender rehabilitar) acerca a este figura penal a una prohibición de “contenidos”, a una prohibición de opiniones concretas, reduciéndose en la dinámica aplicativa al margen de maniobra del contexto como filtro de su peligrosidad. En otras palabras: cuando se hace revisionismo del holocausto –y por extensión cualquier genocidio– la presunción *iuris tantum* de peligro para los colectivos vulnerables es tan fuerte que el riesgo de que se convierta en presunción *iuris et de iure*, y por tanto en delito de opinión que interfiera el contenido esencial de aquel derecho fundamental, no puede ser mayor».

⁸¹ STS, Penal, 1ª, 13/04/2011 (N. Rec. 2071/2010; MP: Siro Francisco García Pérez), FJ 1º.5.

⁸² Así, Sentencia de la SAP de Barcelona, 2ª, 26/04/2010 (N. 259/2010; MP: Mª José Magaldi Paternostro), caso Librería Europa II. Véase también la SAP de Barcelona, 3ª, 05/03/2008 (ARP 2008\103; MP: José Grau Gasso), que puso fin al caso Varela y la SAP de Barcelona, 10ª, 07/10/2009 (N. 892/2009; MP: José María Pijuán Canadell), caso Librería Kalki.

⁸³ CUERDA ARNAU (2001, p. 1134). La propia autora reconoce que el precepto no autoriza un entendimiento en tal sentido ya que se observa claramente que éste lo que prohíbe es específicamente el «discurso en sí, la propaganda o divulgación de una ideología determinada».

⁸⁴ Así, en NIETO MARTÍN y PÉREZ CEPEDA (2007, p. 1119) se sostiene que «[e]l punto segundo del artículo recoge la apología del genocidio, si bien en unos términos cuya amplitud requiere de los límites impuestos para tal figura por el artículo 18.1 de este Código. La difusión de ideas o doctrinas deben constituir una incitación directa a la comisión de delito, ya que de otro modo los términos en los que se encuentra redactados podrían, incluso, plantear dudas sobre su constitucionalidad dada la excesiva limitación a la libertad de expresión que supondría». De la misma forma, a juicio tanto de VIVES ANTÓN (2008) como de MUÑOZ CONDE (2010, p. 779), cualquier otra interpretación que no fuera según las exigencias del art. 18.1 CP podría resultar inconstitucional.

⁸⁵ Se señala en RODRÍGUEZ MOROULLO (1997, p. 1424), que «[l]a tipificación de los actos preparatorios del delito de genocidio (art. 615) dificulta, pues, una “interpretación constitucionalizada” de este artículo 607

mayoritariamente que el tipo penal sólo permitía ser interpretado como una apología impropia, entendida como forma de instigación encubierta o indirecta y por tanto fuera de las exigencias del art. 18.1 CP⁸⁶, configurada como una figura de peligro abstracto que se consumaba con la mera realización de la conducta, sin exigir un resultado⁸⁷. Y, por tanto, la conclusión compartida por la mayoría de la doctrina era que el legislador se había excedido en el adelantamiento de la barrera punitiva al configurar esta figura de apología impropia, que resultaría inconstitucional y, cuanto menos, sería oportuna su abrogación⁸⁸.

Asimismo, en lo que a este trabajo interesa, el Código penal de 1995 castigaba también las *conductas de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia* en el art. 510.1 CP⁸⁹. La mayoría de la doctrina compartía que se trataba de un tipo autónomo que no podía ser considerado como mero acto preparatorio de otros delitos, situando su contenido ofensivo en la peligrosidad de este tipo de conductas por su eficacia provocadora⁹⁰. Ahora bien, se optaba por una interpretación restrictiva del mismo, de tal suerte que, a diferencia de lo que ocurría con el delito de negacionismo, para este delito sí que existía consenso en que resultarían de aplicación, *mutatis mutandi*, los requisitos de la provocación del art. 18.1 CP. Con la peculiaridad de que, mientras que los términos «discriminación» o «violencia» pueden reconducirse en sentido estricto a la comisión de delitos, esto no era posible para la provocación al «odio»⁹¹. El Tribunal Supremo avaló parcialmente esta interpretación

(SILVA SÁNCHEZ). La deseable restricción de este precepto sólo se puede alcanzar mediante una reducción teleológica del alcance del elemento típico de ideas o doctrinas».

⁸⁶ Éste es el sentido interpretativo que parecen buscar de *lege lata*, entre otros, CUERDA ARNAU (2011, p. 1133 y ss.); o BILBAO UBILLOS (2009, p. 318), que indica que «nominalmente es un supuesto de apología genérica, *stricto sensu*, porque no se exige que vaya acompañada de provocación o incitación a la acción». Para LAURENZO COPELLO (2006, p. 261) el art. 607.2 CP rebasa las fronteras del art. 18.1, «ya que basta aquí con una incitación meramente indirecta a delinquir».

⁸⁷ A este respecto, véase M. L. CUERDA ARNAU (2011, p. 1136).

⁸⁸ Entre otros muchos, véanse CUERDA ARNAU (2011, p. 1164), cuya tesis inicial es tratar de demostrar la inconstitucionalidad del precepto; o LANDA GOROSTIZA (1999, p. 714).

⁸⁹ «**Art. 510.1 CP:** *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*» [redacción original].

⁹⁰ Por todos, BENLLOCH PETT (2001, p. 195) concluye que «en esta figura la exteriorización que éstas ideas encierran en sí, sino por el riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que dicha exteriorización entraña». En tal sentido, afirma que el desvalor se situaría en «el hacer nacer en otros esas mismas ideas [discriminatorias] mediante actos de comunicación» (BENLLOCH PETT, 2001, p. 196); de tal manera que el injusto del delito sería muy similar al del acto preparatorio, aunque no se proyecta sobre la comisión de un hecho propiamente delictivo. Declara entonces que «[s]e produce con ello un excepcional adelantamiento de la intervención penal. Con razón se ha dicho que estamos aquí ante un delito de peligro abstracto, aunque en una modalidad ciertamente peculiar, pues el peligro de que aquí se trata no es otro que el derivado de las ideas y de los sentimientos» (BENLLOCH PETT, 2001, p. 197).

⁹¹ Como señala COBO DEL ROSAL (1997, p. 688), «**difícilmente puede ser provocación la incitación directa al odio, ya que éste no es más que un estado de ánimo**».

conforme al art. 18 CP y en tal sentido exigió que «se trate de una incitación directa», pero refiriendo el objeto de la misma «a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia»⁹², sin requerir el carácter delictivo de los mismos en sentido estricto. Asimismo, de la lectura conforme al art. 18.1 CP la doctrina también dedujo un requisito de publicidad que no venía incorporado en el tenor del propio precepto⁹³. Por último, otros dos elementos caracterizadores de la conducta típica que sí que venían exigidos por el tipo eran: de una parte, que la provocación fuera dirigida «contra grupos o asociaciones», los denominados «*grupos diana*»⁹⁴; y, de otra, se requería que concurrieran una serie de «motivaciones» de índole discriminatoria las cuales tendrían de guiar la conducta del sujeto activo, al modo de la agravante de motivos racistas del art. 22.4 CP.

De manera que, conforme al Código penal de 1995 antes de la reforma de 2015, nos encontrábamos con un delito de negacionismo que suponía una suerte de apología impropia del genocidio (toda vez que la apología del genocidio estaba además castigada por el art. 615), y por un delito de provocación al odio, a la discriminación o la violencia; ambos configurados como figuras autónomas de peligro abstracto, con los problemas de constitucionalidad aparejados a tales construcciones típicas como delitos de opinión.

3.2. (Sigue) Dificultades en la búsqueda de un adecuado contenido de injusto para los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia.

Hasta aquí se han visto las interpretaciones que se han hecho de los delitos de negacionismo y de provocación al odio, a la discriminación y a la violencia, sin entrar a fondo como ahora se pretende en el problema de los tipos penales cuyo injusto se funda en el carácter provocador del discurso. Cuando se castiga un discurso porque se sitúa como antecedente idóneo para la comisión de actos ilícitos al provocar a otros. Así ocurría, según lo analizado, con el delito de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia; y también, en los términos vistos, con el delito de negacionismo, con el problema, eso sí, de que el discurso negacionista por su propia naturaleza no puede suponer más que una incitación «encubierta» o «indirecta». Y es que el discurso negacionista implica, como mucho, una forma de apología, pero sólo en atención a elementos exógenos al propio mensaje comunicativo se podrá concluir que el mismo es una provocación a la comisión de

⁹² STS, Penal, 1ª, 13/04/2011 (N. Rec. 2071/2010; MP: Siro Francisco García Pérez), FD 1º.2.

⁹³ El art. 18.1 CP recuérdese que prescribe que la provocación se realice «*por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante*». COBO DEL ROSAL (1997, p. 688) considera que la provocación requerirá «incitar con medios de posible eficacia a un colectivo indeterminado de sujetos sin que exista relación personal alguna».

⁹⁴ LANDA GOROSTIZA (2012, p. 303). La doctrina ha discutido bastaría para poder castigar con que la conducta afectara sólo a miembros individuales de tales grupos. Para revisar las distintas posiciones doctrinales, véase LANDA GOROSTIZA (2000, p. 220).

un acto. Negar o banalizar ciertos hechos, incluso justificarlos, no tiene por qué implicar una incitación a su comisión.

Ahora bien, el verdadero nudo gordiano en los tipos penales de provocación como figuras delictivas autónomas se sitúa en ser capaz de justificar un contenido de injusto suficiente para legitimar la intervención penal limitativa de una libertad fundamental. Lo cual exige identificar, por un lado, el *bien jurídico*, y, por otro, la *forma ofensiva de la conducta* (en un juicio de peligrosidad concreto, abstracto, potencial o hipotético). Muy en particular, en relación con la estructura de los delitos de provocación como figuras autónomas hay que valorar principalmente: en primer lugar, el «*resultado lesivo temido*», que sería el segundo de los elementos en toda relación de peligro, es decir, aquel hecho lesivo que se quiere prevenir y que es probable (*ex ante*) que se verifique como consecuencia de la realización de la conducta típica. Este «*resultado lesivo temido*» se pone en relación con el bien jurídico, ya que su realización supondría el daño que se quiere evitar para el bien jurídico protegido. Además, como se ha adelantado, el «*resultado lesivo temido*» deberá concretarse en un acto ilícito (aún más, si la sanción es penal, debería ser un hecho delictivo). En el caso de discursos negacionistas tal acto ilícito normalmente no coincidirá con el hecho negado o justificado (un genocidio, por ejemplo), sino que lo habitual es que el «*resultado lesivo temido*» se trate de un acto de hostilidad concreto; mientras que en la provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, sí que suele coincidir el acto al que se provoca con el «*resultado lesivo temido*» (la concreta realización de los actos de violencia o discriminación). Y, en segundo lugar, se debe valorar también la *peligrosidad*, como apreciable grado de probabilidad de que la acción dé lugar al «*resultado lesivo temido*»⁹⁵. Una peligrosidad que podrá presentarse por la creación de un resultado peligroso (peligro concreto) o por la idoneidad peligrosa de la acción (peligro abstracto o peligro potencial o hipotético, según se configure). A lo que añadir otros elementos del juicio de peligrosidad como son el «grado de probabilidad» y la «inmediatez» exigidos para fundar el reproche, como ya se viera en el apartado anterior. En el caso de las provocaciones, la relación de causalidad será de tipo psicológico o psico-social, y por tanto ajena a posibles verificaciones empíricas, ya que se es una persona la que influye sobre otras para que cometan ese «*resultado lesivo temido*».

Así las cosas, en relación con el *delito de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia*, se ha estudiado cómo la mayoría de la doctrina lo reconocía como un delito de peligro abstracto, que terminaba configurado como un «delito de clima». El problema de la construcción de este delito venía dado por el «*resultado lesivo temido*» (la generación de odio, actos de violencia, etc.), que resultaba tan etéreo e indeterminado que terminaba haciendo fallido cualquier intento de dotar de concreción al bien jurídico de la figura. Se adelantaba la barrera punitiva para sancionar conductas por considerarse que pudieran generar un «clima psicológico» creando condiciones de violencia u hostilidad que pudieran

⁹⁵ En este sentido, como se ha indicado anteriormente, se sitúa también, con matices, DE PABLO SERRANO (2014, p. 82).

comprometer la «tranquilidad» de grupos especialmente vulnerables⁹⁶. El bien jurídico se situaba en la dignidad humana, pero dotándola de una dimensión social o colectiva, y en el derecho a la igualdad y a la no discriminación⁹⁷, quedando peligrosamente cerca de la tutela de la «paz pública» como sentimiento de tranquilidad de los distintos grupos sociales⁹⁸.

En cuanto al *delito de negacionismo* se ha llegado a conclusiones similares. Como ocurría con el delito de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, también el delito de negacionismo ha sido interpretado mayoritariamente como una figura de peligro abstracto⁹⁹ en la que aquello que se pretende evitar es una suerte de «clima»¹⁰⁰, que protegía frente a un «estado de ánimo social» hostil contra las personas que pertenecen a unos grupos sociales especialmente sensibles. El «resultado lesivo temido» no era, por tanto, que se produjera un genocidio, sino hechos muy anteriores que adelantaban la barrera punitiva hasta el castigo de provocaciones que pudieran desatar una «chispa» de la que degeneraran actos ilícitos (hostilidad, violencia, odio), los cuales a su vez generarán un clima en el que potencialmente pudiera cuajar un genocidio¹⁰¹: la «antesala del Holocausto»¹⁰², la «semilla» para futuros genocidios¹⁰³, «donde los delitos de genocidio se

⁹⁶ Así lo critica, y yo lo comparto, LANDA GOROSTIZA (1999, pp. 697 y ss).

⁹⁷ Para una visión exhaustiva de la cuestión, véanse LANDA GOROSTIZA (2000, pp. 217 y ss., y 244), y BORJA JIMÉNEZ (1999, pp. 333 y ss.). En un intento doctrinal de definir el bien jurídico dignidad humana y derecho a la no discriminación a partir de su doble dimensión, individual y social, pero con enfoques contrapuestos, véanse LAURENZO COPELLO (1996, pp. 228 y ss.) y LANDA GOROSTIZA (1999, pp. 704 y ss).

⁹⁸ Como reconoce BORJA JIMÉNEZ (1999, p. 342), «en orden a la concreción del bien jurídico protegido en la legislación penal antirracista de la Europa Occidental. Y es que, junto a la dignidad de la persona que se proyecta en el derecho a recibir un trato no discriminatorio por el hecho de su consideración como ser humano, también el Derecho Penal pretende preservar la paz y el orden público ante el peligro de que ciertos comportamientos racistas generalizados conduzcan o incremente una situación de explosión social». En sentido crítico véanse BENLLOCH PETT (2001, pp. 196 y ss.); LANDA GOROSTIZA (1999, pp. 700 y ss.); o GÓMEZ MARTÍN (2012, pp. 96 y ss).

⁹⁹ Como se ha señalado, el Tribunal Supremo planteaba la posibilidad de interpretar este tipo penal como una figura de peligro potencial o hipotético (STS 259/2011, de 12 de abril, FJ.1º.8).

¹⁰⁰ Por todos, véase GÓMEZ MARTÍN (2012, pp. 96 y ss), quien pone de manifiesto cómo «el legislador ha decidido tipificar como delito conductas caracterizadas por la creación de un clima de hostilidad contra determinadas minorías. Esta clase de delitos suele conocerse con el nombre de “delitos de clima”».

¹⁰¹ Como expresa FEIJOO SÁNCHEZ (1998, p. 2272), «sólo se tutela en realidad un determinado estado de opinión, un clima o ambiente general (de tranquilidad, de no violencia o no hostilidad, de seguridad, etc.) o una determinada forma de entender las relaciones sociales».

¹⁰² LANDA GOROSTIZA (1999, p. 711).

¹⁰³ En este sentido, véase DE LA ROSA CORTINA (2007, pp. 2 y ss).

incuban o pueden incubarse»¹⁰⁴, el «clima ambiental o caldo de cultivo de acciones violentas subsiguientes»¹⁰⁵, allí donde hay que «aplastar a la serpiente en el huevo»¹⁰⁶... Todo ello son las justificaciones que se daban a la intervención penal, pero ninguna de ellas le dotaba de un auténtico bien jurídico constitucional que al final terminaba residenciado en la tranquilidad pública o en un sentimiento de paz pública o, como han intentado algunos autores, en valores como la dignidad humana y el derecho de no discriminación¹⁰⁷.

De esta manera, y a pesar de los matices en la definición de los bienes jurídicos, se podía afirmar la existencia de una relación de subsidiariedad en atención al grado de adelantamiento de la barrera punitiva: desde la más grave que sería la provocación directa al genocidio (art. 615 CP), pasando por la provocación directa al odio, a la discriminación o a la violencia (art. 510.1 CP), hasta la provocación indirecta pero cierta a un clima de hostilidad (art. 607.2 CP)¹⁰⁸.

Por mi parte, considero que el contenido de injusto afirmado para estos tipos penales resultaba insuficiente para justificar la intervención penal y más aún cuando nos encontrábamos ante delitos de opinión que restringen la libertad de expresión. Y es que, por más que se haya tratado de revestir estas figuras, su construcción era la de un «delito de clima» en el que lo que en el fondo se estaba tutelando eran bienes como el orden público o la paz pública. Se cargaba el peso de la ofensividad en el desvalor sobre la acción, pero además la idoneidad lesiva derivaba del desencadenamiento de un curso causal psicológico que podía llevar, por la acción material de otros, a la lesión del bien jurídico, lo que alejaba a su vez el juicio de responsabilidad personal. Además, el juicio de peligrosidad no podía sustentarse en una base empírica de orden material o natural, sino socio-política, difícilmente delimitable por el legislador *a priori*¹⁰⁹. Todo lo cual en protección de bienes jurídicos de contenido difuso, que terminaban desvirtuando el

¹⁰⁴ MANZANARES SAMANIEGO (1997, p. 762).

¹⁰⁵ Así, véase GIMÉNEZ GARCÍA (2007, p. 3818), para quien estas conductas «lesionan derechos morales de los colectivos afectados, al tiempo que propician un clima ambiental o caldo de cultivo de acciones violentas subsiguientes».

¹⁰⁶ MARTÍNEZ SOSPEDRA (2000).

¹⁰⁷ Así se ha interpretado en la STS, Penal, 1ª, 13/04/2011 (N. Rec. 2071/2010; MP: Siro Francisco García Pérez), FJ.1º.1; y, dotándole de un significado supra-individual, SAP de Barcelona, 2ª, 26/04/2010 (N. 259/2010; MP: Mª José Magaldi Paternostro), FJ. 7º. En doctrina, véase LAURENZO COPELLO (1996, p. 237).

¹⁰⁸ LANDA GOROSTIZA (1999, p. 700) y (2012, p. 341).

¹⁰⁹ Como advierte PELISSERO (2000, p. 313), en relación con los delitos de insurrección armada que beben de la misma problemática, «[p]er quanto la norma intenda descrivere una realtà naturalistica, una situazione di disordine oggettivo riscontrabile ed effettivamente riscontrata in passato, il suo accertamento non si risolve nella diretta percezione di un dato del reale, ma si arricchisce di componenti valutative di natura storica che politica, che fanno del giudice uno storico ed un politologo».

necesario fundamento ofensivo¹¹⁰ e incurrierían en un encadenamiento de adelantos de la barrera punitiva¹¹¹.

4. Revisión del nuevo artículo 510 tras la reforma de 2015: lectura apegada a su tenor literal y fallido intento de reinterpretación restrictiva

El 20 de septiembre de 2013 el Gobierno aprobaba la remisión a las Cortes del proyecto de Ley Orgánica para la modificación del Código penal de 1995, el cual, aunque con notables cambios con respecto al Anteproyecto¹¹², sólo enmendaba parcialmente las críticas que había recibido de los órganos consultivos en lo referido a los delitos de odio¹¹³. Un texto

¹¹⁰ Siguiendo a FRONZA (2012, p. 134), «i beni giuridici alla cui tutela sarebbe preposta la fattispecie di negacionismo, essenziali anche ai fini del bilanciamento con al libertà di espressione, rinviano a realtà socio-normative poco afferrabili, mostrando un carattere astratto e proteiforme, che può dunque implicare una sensibile retrocessione rispetto ai principi di offensività e materialità ed un distacco dai presupposti oggettivi del diritto penale». Añade la autora que «tale nozioni di contenuto fortemente indeterminato non sembrerebbero capaci di selezionare comportamenti effettivamente offensivi, né di assolvere alla funzione di limite alla virtualità espansive della fattispecie di negacionismo cui dovrebbero, invece, positivamente rispondere» (FRONZA, 2012, p. 136). Véase también ALESIANI (2006, p. 203) y PELISSERO (2000, p. 340), aunque referidos a un juicio de peligrosidad concreta.

¹¹¹ Como expresa BARBER BURUSCO (2004, p. 151), el recurso a delitos de peligro abstracto «genera una doble anticipación de la barrera de punición».

¹¹² En especial, en el Anteproyecto se castigaban con las penas más graves (prisión de uno a cuatro años y multa) las conductas de incitación al odio o a la violencia, y también a quienes lesionaran la dignidad de las personas mediante actos de humillación o menosprecio. Sin embargo, se imponía una pena menor (prisión de seis meses a dos años) a las conductas de producción, elaboración, etc. de material provocador al odio o a la violencia; las de enaltecimiento o justificación de los delitos de odio; y las de negacionismo. En el Proyecto de Ley se adopta ya la sistematización que quedará reflejada en el texto definitivamente aprobado: se castigan con mayor pena las conductas de incitación al odio y a la violencia, las de producción y elaboración de materiales incitadores y las de negacionismo; mientras que se impone una penalidad menor para las conductas de humillación o menosprecio, y para el enaltecimiento o justificación de los delitos de odio. Además se incorporan en el Proyecto de Ley la «identidad sexual» en el elenco de motivaciones discriminatorias que cualifican el elemento subjetivo de las conductas sancionadas.

¹¹³ Así, véanse, CONSEJO FISCAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, de 8 de enero de 2013; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, de 16 de enero de 2013, pp. 246 ss.; y CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, n. 358/2013, de 27 de junio de 2013, pp. 66-67. Muy especialmente pueden verse las críticas a la cláusula del «clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» recogida para definir la tipicidad de las conductas de provocación, aunque las propuestas realizadas tanto por el Consejo Fiscal, que proponía utilizar el término «actitud» en lugar del de «clima», como del Consejo General del Poder Judicial, a cuyo juicio se podrían usar incitar «directa o indirectamente» al odio o a la hostilidad, tampoco resultaban convincentes.

que se ha mantenido con leves modificaciones durante la tramitación legislativa que ha derivado en el precepto definitivamente aprobado¹¹⁴.

El texto definitivo del art. 510 CP, como ya se adelantó, acumula los delitos de negacionismo y de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, en un tipo penal de equívoca interpretación. Así las cosas, se hace necesario transcribir íntegramente el tenor del precepto para tratar de extraer su significación a través de una lectura apegada a su tenor literal, aunque evidenciando los puntos críticos del mismo:

«Artículo 510

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

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

¹¹⁴ En la propuesta trasladada por el Congreso al Senado se incluyó que la exigencia de publicidad para las conductas de incitación al odio o a la violencia y de negacionismo, y también se sumaron las «razones de género» a las motivaciones discriminatorias. No prosperaron algunas enmiendas dirigidas al castigo de conductas de negacionismo o de justificación de concretos crímenes como el franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo o el nacionalcatolicismo o los crímenes terroristas (en este sentido, por ejemplo, la enmienda n. 56 presentada por Joan BALDOVÍ RODA, la n. 379 de Joan TARDÀ I COMÀ, o la n. 589 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia). Únicamente el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentó una enmienda (n. 265) para la supresión del art. 510 por considerar suficiente la respuesta punitiva vigente. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley Orgánica por la que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, n. 66-2, 10.12.2014.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.»

En una primera aproximación a la nueva redacción del art. 510 CP lo primero que llama la atención, si se logra superar la confusión que provoca su lectura, es que el legislador ha querido castigar de una forma más que exhaustiva toda forma de discurso del odio y negacionista, identificando «discurso del odio» con «delito de odio». Se ha creado un auténtico engendro penal que pretende un castigo de amplio espectro de este género de discursos. En cuanto a las *conductas típicas*, como se adelantó, éstas se agrupan en dos bloques con penas diferentes. En el primero de los bloques, con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, se castigan las *conductas de incitación al odio o a la violencia* (letra a del apartado 1º), las *conductas de producción, posesión y difusión de materiales idóneos a incitar al odio o a la violencia* (letra b del apartado 1º), y las *conductas de negacionismo o enaltecimiento de crímenes de guerra o contra la humanidad* (letra c del apartado 1º). El segundo bloque, con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, tipifica los *actos de humillación o menosprecio por motivos discriminatorios* (letra a del apartado 2º) y los de *enaltecimiento o justificación pública de los delitos cometidos por motivos discriminatorios contra ciertos grupos sociales o sus miembros* (letra b del apartado 2º). Todas estas conductas tienen un único elemento común que cualifica las distintas figuras como *elemento subjetivo de los tipos delictivos*: actuar «por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión...». Asimismo, los diferentes tipos recogidos en el art. 510 CP tienen también en común identificar un «grupo diana» frente a los que deben dirigirse las conductas («contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél»). Ambos elementos caracterizan estos delitos en el marco de la legislación contra el racismo y la xenofobia. Se trata, además, de figuras autónomas que de *lege lata* parece imposible poner en relación con el castigo de la provocación y de la apología conforme al art. 18 CP.

La primera de las figuras típicas, el delito de *incitación al odio o a la violencia*, recoge una amplísima variedad de acciones típicas. En la letra a) del apartado 1º del art. 510 CP se castigan las acciones de «fomentar», «promover» o «incitar» directa o indirectamente, exigiéndose que ello se haga «públicamente». La conducta a la que se debe incitar, que constituye a su vez el «resultado lesivo temido» que le dotaría de significado al reproche penal, serían actos de «odio», «hostilidad», «discriminación» o «violencia». Con la reforma, no sólo es que no se haya acotado el término «odio», tal y como reclamaba la doctrina, sino que se han añadido los actos de «hostilidad». Mientras que los actos de «violencia» y «discriminación» pueden interpretarse restrictivamente como actos delictivos, no ocurre lo mismo con el «odio» y tampoco con las «hostilidades», términos vagos y que, además, en principio no tienen por qué implicar actos delictivos. Especialmente el acto de «odiar» no es un delito; incluso, no es ni siquiera un ilícito. Y, por tanto, resulta censurable castigar penalmente por incitar a actos cuya realización no es en sí misma delictiva. Esto obliga a que nuevamente se tenga que tratar de salvar la inconstitucionalidad del precepto a través de interpretaciones restrictivas de los conceptos de odiar, así como del resto (hostilidad, discriminación, violencia...). Se trata, además, de un juicio de peligrosidad abstracta ya que el tipo penal parece configurarse como un delito que se consumaría con la mera conducta. Según MUÑOZ CONDE nos encontramos «en los límites de la participación intentada de una

discriminación efectiva»¹¹⁵. Como se ha señalado, el precepto se cierra con los dos elementos comunes que terminan de perfilar el ámbito punitivo: la definición del sujeto pasivo identificado en un grupo diana (o parte del mismo o sus miembros), y las motivaciones discriminatorias como elementos subjetivos.

La letra b del apartado 2º del precepto amplía el castigo a otras acciones: «producir», «elaborar» «poseer con la finalidad de distribuir», «facilitar a terceras personas el acceso», «distribuir», «difundir», «vender» «escritos o cualquiera otra clase de material o soporte que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia». Exigiéndose igualmente que tales conductas se dirijan contra los sujetos pasivos ya definidos y por motivaciones discriminadoras. Llama la atención la amplitud de las acciones típicas que pueden interpretarse como «meros actos preparatorios»¹¹⁶. «Producir» y «elaborar» pueden entenderse como sinónimos, sin que en principio se exija ninguna proyección en relación con terceros; como mucho, podría tratar de extenderse a estos actos la «finalidad de distribuir» que se exige para la conducta de «poseer», aunque literalmente no sea tal la interpretación. Al mismo nivel se sancionan las conductas de «facilitar a terceras personas el acceso», que también pueden entenderse como sinónimos de «distribuir» y «difundir»; «vender» sería subsumible dentro de las conductas de distribución aunque con la característica de mediar un precio. Lo que no exige el tipo es que se tenga que hacer de forma «pública», sino que puede tratarse de actos de distribución privados, es decir, por medios de acceso restringido y entre un grupo limitado de personas. Este dato es relevante ya que es precisamente la «publicidad», como capacidad de que un elevado número de personas tenga acceso al mensaje incitador, aquello que dota de una cierta peligrosidad que justifica el contenido de injusto a las figuras delictivas de provocación. Aún más, se pretenden castigar conductas que no suponen ni siquiera la difusión a terceros, ya que se sanciona la mera producción de esos materiales o su posesión con la finalidad de distribuirlos, pero sin necesidad de que se haga efectiva tal difusión, en un nuevo adelanto del ámbito de intervención penal. El núcleo del contenido de injusto del delito se encontraría entonces en que los materiales producidos, poseídos o difundidos «por su contenido sean idóneos» para fomentar o incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia en los términos del apartado 1.a) del precepto. Así las cosas, si la conducta típica de la letra b) se entiende literalmente, no se estaría castigando como ocurre en la letra a) por «incitar» al odio o a la violencia; sino por producir, poseer o difundir unos materiales que resulten idóneos para dar lugar a tal incitación. La diferencia no es baladí: el castigo de las conductas de la letra a) requerirá el enjuiciamiento en concreto de la conducta provocadora, es decir, del discurso en cuestión, para comprobar que *efectivamente* se haya provocado al odio o a la violencia. Es un delito que se consuma con la «mera conducta» y no exige un resultado, pero esa conducta al menos requiere que públicamente se haya provocado al odio o a la violencia. No ocurre lo mismo con la figura castigada en la letra b,

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE (2015, p. 711).

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE (2015, p. 712).

donde también se recoge un delito de mera conducta pero, a diferencia del anterior, bastará con que el material difundido o producido *potencialmente* sea susceptible de provocar al odio o a la violencia. Por eso se habla en este caso de «idoneidad» por su contenido. El contenido de injusto de la conducta de la letra b queda reducido a producir, poseer o elaborar unos contenidos que tienen una idoneidad potencial para incitar al odio o la violencia, ni siquiera para generar en sí actos de violencia. La debilidad del fundamento del reproche penal en esta figura cuestiona la propia constitucionalidad de la misma.

Una importante novedad se encuentra en la reformulación del *delito de negacionismo*, incorporado ahora en la letra c) del apartado 1º del artículo 510. Su reubicación parece lógica, toda vez que el castigo de estas conductas se encuentra en nuestros países más relacionado con la lucha contra la xenofobia, como prevé la Decisión marco europea, que con los delitos contra la Comunidad Internacional. Además, se introducen en el tipo algunos elementos para ajustarlo a las exigencias de la normativa europea y a la jurisprudencia constitucional, aunque su acierto sea discutible. Las acciones castigadas son las de «negar», «trivializar gravemente» y «enaltecer», incorporando así las tres que prescribía la Decisión marco europea. Parece adecuado que se haya preferido el verbo «enaltecer» al de hacer «apología» para evitar equívocos con el castigo de la apología como acto preparatorio del delito. El tipo exige que sean además «públicas» las acciones castigadas, tal y como también prevé la Decisión marco europea. Los crímenes objeto de negación, siguiendo aquí las prescripciones europeas, han de ser: «delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado». Se añade, algo no previsto por la norma europea, el «enaltecimiento» a sus autores. Una interpretación restrictiva del tipo lleva a entender que los crímenes objeto de negación o justificación han de ser definidos según las exigencias típicas del Código penal español, sin que ello tenga que suponer mayores problemas ya que ésta se corresponde en buena medida con la dada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Además, en caso de alguna mínima discrepancia, el principio de interpretación conforme del Derecho europeo podría justificar que, a efectos de aplicar el delito de negacionismo, se integrara la internacional de referencia de nuestro Código penal de aquellos crímenes con la referida por la norma europea. El tipo español no se ha acogido a la posibilidad ofrecida por la Decisión marco de castigar las conductas negacionistas sólo cuando los crímenes negados hubieran sido establecidos por «resolución firme» de un tribunal nacional o internacional. Esta cláusula, proveniente de la legislación francesa, dota de una mayor determinación al contenido del tipo pero desvía el objeto punitivo ya que parece que se estuviera salvaguardando la «verdad judicial». Es por ello que de esta cláusula se ha criticado que si el fundamento es proteger a las víctimas de estos graves crímenes, luego se deje fuera como sujetos pasivos crímenes por el hecho de que no hayan sido reconocidas judicialmente como tales¹¹⁷. Se abre el problema, eso sí, de que tendrán que ser los jueces quienes en cada

¹¹⁷ Así lo advierte LOBBA (2011, p. 147).

caso distinguan aquellos crímenes, incluso históricos, cuya negación merece reproche penal¹¹⁸.

Ahora bien, la auténtica cualificación ofensiva de la conducta se encuentra en la exigencia de que tales actos «promuevan» o «favorezcan» un «clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación». A lo que añadir el elemento subjetivo de la motivación discriminatoria. Se configura aquí un delito que puede ser concebido como de peligro concreto, toda vez que exige que la conducta negacionista haya promovido o favorecido tal clima de hostilidad, siendo éste el «resultado de peligro» del tipo. De esta manera, el legislador ha incorporado la doctrina del Tribunal Constitucional que, según lo estudiado, admitía la constitucionalidad de castigar penalmente el discurso negacionista cuando se diera «*un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación*» (STC, Pleno, 07/11/2007 (RTC 2007/235))¹¹⁹. Ello no es óbice para que se trasladen aquí las críticas que se han hecho a esta decisión del Tribunal. El legislador podría haber optado por una construcción del tipo penal más adecuada. En particular, se ha advertido lo problemático que resulta construir tipos penales de peligro concreto en los que el resultado de peligro sea una situación macrolesiva con una delimitación vaga, como es el «clima de hostilidad», lo que obligará a los jueces a tener que realizar valoraciones socio-políticas de difícil consistencia para justificar el castigo penal. Además, resulta lejano pensar que un discurso negacionista pueda generar en España tal clima de hostilidad, salvo que se dé una concreta situación de crisis (como pudieron ser, por ejemplo, los conflictos raciales en El Ejido en el año 2000) o que venga realizado por un representante institucional o un exponente social de relevancia¹²⁰. Por último, la redacción del precepto lleva a entender que el grupo diana (o una parte del mismo o de sus integrantes) tiene que ser tanto el sujeto pasivo de los delitos objeto de negación o justificación como del propio delito de negacionismo. Y es que, por un lado, el precepto establece que los crímenes de genocidio o contra la humanidad habrán de haberse cometido «contra un grupo...»,

¹¹⁸ Como advierte MUÑOZ CONDE (2015, p. 714) «[c]on la actual redacción no cabe duda de que los tribunales tienen una difícil tarea para distinguir, por encima de las tendencias ideológicas y de la coyuntura política internacional, las conductas claramente merecedoras de pena de la que sólo es actitud de defensa de determinadas ideologías que por recusables que puedan parecer no son más que un ejercicio de libertad de expresión».

¹¹⁹ Nótese que hay una pequeña variación entre la fórmula incorporada en el tipo penal y la adoptada por el Tribunal Constitucional, ya que el nuevo delito no exige la «creación» del clima, sino que se «promueva» o «favorezca», lo que supone un estadio previo a la efectiva génesis del mismo. Por su parte, el Tribunal Constitucional refería una suerte de peligro indirecto, es decir, un peligro (cierto) de que se generara un clima el cual a su vez generara el peligro de que se dieran actos de violencia o discriminación. De manera que, dando una lectura estricta a la sentencia del Tribunal Constitucional, el clima de hostilidad no sería el «resultado de peligro» en un delito de peligro concreto, sino, más bien, el «resultado lesivo temido» en un juicio de peligrosidad abstracta o potencial en el que el bien jurídico sería la tranquilidad o la paz pública y sólo indirectamente los bienes individuales que pudieran verse dañados en el caso de que finalmente se verificaran los actos de discriminación o violencia.

¹²⁰ Así, véase LANDA GOROSTIZA (1999, pp. 702 y ss.).

delimitando así el sujeto pasivo de los crímenes negados; para, por otro lado, indicar en el inciso final que la acción de promover o favorecer el clima de hostilidad que fundamenta este delito de negacionismo se tendrá que dar «contra los mismos».

En cuanto a las conductas del segundo bloque, la primera figura castiga tanto los *actos de humillación o menosprecio por motivos discriminatorios*, distinguiéndose dos tipos de conductas típicas en la letra a del apartado 2º. Por un lado, se castiga a «quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito» de alguno de los grupos diana o de parte de los mismos o de sus integrantes. Incluyendo, como en el resto de figuras, el elemento subjetivo de las motivaciones discriminatorias. Esta figura vendría a sustituir, con notables cambios, el delito de difusión de informaciones injuriosas por móviles discriminatorios del antiguo 510.2 CP. Pues bien, con la nueva redacción ninguna objeción cabe hacer en este caso al contenido ofensivo de la conducta el cual queda perfectamente delimitado (dañar la dignidad mediante actos de humillación o menosprecio y el refuerzo subjetivo de la motivación discriminatoria). El bien jurídico sería, por tanto, la dignidad humana y se podría incorporar como un delito contra la integridad moral. Ahora bien, si se pone este bien en relación con el sujeto pasivo, surgen entonces algunas dudas. Parece admitirse un reconocimiento colectivo de la titularidad de la dignidad humana, no ya como bien jurídico de las concretas personas que puedan sentirse ofendidas como consecuencia de un ataque al grupo social al que pertenecen, sino directamente del colectivo en sí. Con esta titularidad colectiva se crea una suerte de difamaciones colectivas. En coherencia con la concepción abierta y personalista que hemos dado de la libertad de expresión en el ordenamiento español, más adecuada hubiera sido una formulación típica que, partiendo de la dignidad humana como bien jurídico individual, castigara los actos de humillación o menosprecio para los miembros de un grupo social por tales motivaciones discriminatorias.

Por otro lado, como en la letra b del apartado 1º, se castigan también las conductas de «producción», «elaboración», «posesión con finalidad de poseer», «facilitar a terceras personas el acceso», «distribución», «difusión» o «venta» de escritos o materiales que «por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito» de los grupos, partes o integrantes de los mismos. En primer lugar, aunque sea una tacha de mala técnica legislativa, no se entiende que en este inciso se exija que la humillación sea «grave», algo que no se requiere para el primero. Como se criticó en el apartado 1º, se da un adelantamiento de la intervención penal difícilmente asumible, toda vez que se castiga por elaborar, poseer con la finalidad de difundir o por difundir unos escritos por su hipotética idoneidad para lesionar la dignidad. También llama la atención que para estas conductas no se exija el elemento subjetivo de la motivación discriminatoria. Esto último debe tratarse de una omisión fruto también de la mala técnica legislativa del precepto.

La letra b del apartado 2º del art. 510 CP recoge el delito de *enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos por motivos discriminatorios contra ciertos grupos sociales o sus miembros*. El tipo penal requiere que los actos de enaltecimiento o justificación se realicen «por cualquier

medio de expresión pública o de difusión», de lo que se deduce que el mensaje se ha de haber hecho llegar a varias personas, pero sin que necesariamente se haya tenido que hacer públicamente. El objeto enaltecido o justificado son «delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél»; o «a quienes hayan participado en su ejecución». Se define así el sujeto pasivo de los delitos enaltecidos o justificados, pero no del delito en sí de enaltecimiento, aunque lo normal es que sean coincidentes. Se requiere además que las conductas de enaltecimiento o justificación se den por motivaciones discriminatorias. Así descrita, se trataría de un delito de mera conducta que se consumaría por la mera difusión de un mensaje con un cierto contenido (enaltecer o justificar unos delitos) y por una concreta motivación discriminatoria. La ofensa se presumiría en la acción de enaltecer o justificar tales delitos con una cierta difusión y en el componente subjetivo del tipo. Una débil base ofensiva que cuestiona la legitimidad de la figura típica.

El último inciso de este apartado 2º prevé que en el caso de que estas conductas favorezcan o promuevan un «clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos» entonces se castigarían con las penas del primer apartado.

Asimismo, el art. 510 CP incorpora también una serie de agravaciones y algunas consecuencias particulares del delito y otras medidas. En cuanto a las consecuencias adicionales, el apartado 5º impone las penas de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos; y el apartado 6º prevé que el juez acuerde la destrucción, borrado o inutilización de los materiales o la retirada de los contenidos o su bloqueo si estuvieran accesibles a través de Internet. El nuevo artículo 510 bis prevé también la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de estos delitos.

Por lo que hace a las agravaciones, en primer lugar, el apartado 3º impone la pena en su mitad superior «cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de medios de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas». De esta forma se pone manifiesto que no había sido una omisión involuntaria cuando el legislador al definir las conductas típicas no exigía que se realizaran públicamente y castigaba la mera difusión aunque fuera en círculos restringidos y a través de medios privados. Algo que, como se ha dicho, obliga a cuestionar la peligrosidad abstracta de las conductas previamente definidas ya que es precisamente ese acceso al elevado número de personas el que justifica el reproche penal en este tipo de delitos de provocación.

En segundo lugar, el apartado 4º castiga con la pena en su mitad superior que podrá elevarse hasta la superior en grado, «cuando los hechos, a la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo». Se opta aquí por incluir una agravación basada en la potencial idoneidad para perturbar la paz pública, a lo que se añade una concepción de la misma en sentido subjetivo como tranquilidad o sentimiento de seguridad de los integrantes de un grupo social. Frente a las concepciones materiales y objetivas de la paz

pública o del orden pública, se prefiere dar tutela a los sentimientos, a la tranquilidad como ausencia de temor; algo que parece inasumible como bien jurídico penal. Pero, además, esta cláusula resulta igualmente reveladora de las deficiencias en la dotación de un contenido de injusto a las figuras típicas recogidas en el art. 510.1 y 2. Y es que, si se agrava la pena cuando se altere la paz pública o la seguridad de los grupos sociales, ¿qué se está tutelando en el tipo básico?

A la luz de todo lo analizado parece que el nuevo artículo 510 CP se configura como una figura pluriofensiva que pretende tutelar, *in primis*, el derecho a no ser discriminado y una suerte de dignidad humana en su dimensión colectiva a favor de grupos sociales que se identifican como «grupos diana» y de sus miembros, a lo que añade, por mor de la agravación indicada, la tutela de la paz pública y de la tranquilidad de estas personas. Unos bienes jurídicos inconsistentes, sin base material y de difícil definición, que a juicio de muchos, entre los que me encuentro, no pueden justificar la intervención penal¹²¹ y mucho menos un límite a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista.

5. Conclusiones

Es necesario dar respuesta tanto al discurso del odio como al discurso negacionista, que constituyen sin lugar a dudas mensajes envenenadores para cualquier sociedad que asuma valores democráticos. En el espacio europeo, nuestras democracias no son neutrales y sitúan a la dignidad humana como piedra angular de las respectivas comunidades políticas¹²². Sin embargo, no creo que la respuesta a estos execrables discursos tenga por qué ser la penal y, sobre todo, no ha de ser *exclusivamente* penal. Como expresa DE PABLO, «la libertad de expresión no es el *cebo* que utiliza el Derecho Penal para disparar, sino el *escudo* frente al ataque, el *antídoto* frente al mordisco»¹²³. Hay otras posibles respuestas mucho antes que la intervención penal y a la larga más eficaces: desde la educación cívica a la amplia variedad de políticas públicas que incluyan acciones positivas contra ese «racismo líquido» que fluye en nuestras sociedades y que se encuentra en la base de estos discursos¹²⁴.

¹²¹ Véanse en particular ALONSO ÁLAMO (2012), DE VERO (1988, pp. 291 y ss.); INSOLERA (2009, p. 253); y PACE (1992, p. 412).

¹²² De interés resulta la contraposición que realiza ALCÁCER GUIRAO (2015, pp. 64 y ss.) entre los sistemas estadounidense y europeo en el reconocimiento de la libertad de expresión y el análisis de las razones de su desencuentro, entre las cuales sitúa precisamente cómo, mientras que en EEUU la libertad constituye el pilar central, en Europa ese lugar lo ocupa la dignidad. Por mi parte matizaría que dentro del modelo europeo habría, como señala el autor, uno característicamente militante (como es Alemania), que sin embargo no es compartido por países como España o Italia que mantienen un sistema que sin llegar a la apertura del estadounidense sí que puede ser calificado como sistemas «abiertos» (o semi-abiertos) y «personalistas», en un punto de equilibrio entre ambos modelos.

¹²³ DE PABLO (2014, p. 85).

¹²⁴ REY MARTÍNEZ (2014).

Cuando se trata de restringir un discurso que *prima facie* es ejercicio de una libertad fundamental hay que ser especialmente cauteloso. Ninguna libertad es absoluta, y de hecho a lo largo de este trabajo se han identificado unos bienes jurídicos con los que puede colisionar la libertad de expresión y se han perfilado pautas que en abstracto justifican establecer límites a la misma. Especialmente: humillar, insultar, amenazar o provocar un peligro cierto e inminente de actos ilícitos. En relación con estos límites nuestro ordenamiento cuenta con carácter general con instrumentos suficientes para castigar tales excesos sin que sea necesario plantear una respuesta excepcional a través de tipos penales *ad hoc* anti-discriminatorios.

Aún más, al adentrarnos en el estudio en concreto del nuevo artículo 510 CP se han evidenciado las dudas de legitimidad constitucional que el mismo presenta. A mi juicio el nuevo art. 510 CP, en los términos vistos, no superaría un *juicio de adecuación sobre la justificación de la intervención penal*, en el que se valorara la racionalidad del «*prius* lógico» que ha de fundar cualquier intervención legislativa¹²⁵, al fallar el fundamento ofensivo de las conductas tipificadas. Por más que el legislador haya tratado de cualificar las conductas típicas incluyendo algunos elementos exigidos por la jurisprudencia constitucional para justificar la restricción a la libertad de expresión, como ha sido el «clima de hostilidad o violencia», la construcción típica que ha resultado, además de ser confusa, presenta un débil contenido ofensivo con sucesivos encadenamientos y difusos juicios de peligrosidad que desvirtúan la antijuridicidad material de las conductas que se pretenden castigar. A mayor abundamiento, se configuran unos tipos penales pluriofensivos que parecen asumir como bienes jurídicos el derecho a la no discriminación, la dignidad humana en sentido supra-individual y la paz pública como sentimiento de tranquilidad, incompatibles con el reconocimiento de la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista, y menos aún asumibles como bienes jurídicos legitimadores de la intervención penal cuando

¹²⁵ Así, STC, Pleno, 25/03/1993 (RTC 1993/111; MP: Álvaro Rodríguez Bereijo), FJ. 9º; STC, Pleno, 28/03/1996 (RTC 1996/55; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), FJ. 7º; STC, Pleno, 02/10/1997 (RTC 1997/161; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), FJ. 10º. Sería un juicio de adecuación previo que pasaría no sólo por identificar los bienes constitucionalmente relevantes, sino también por evaluar las pautas o cánones de las que se haya valido el legislador para construir el tipo normativo. Algo que no es óbice para admitir que la inconstitucionalidad sólo pudiera ser reconocida cuando se constatará de manera «evidente», sin admitir lugar a dudas, que el legislador ha traspasado los límites constitucionales. Porque, como ha señalado el Tribunal Constitucional, aunque referido al juicio de proporcionalidad: «La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes» (STC, Pleno, 28/03/1996 (RTC 1996/55; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), FJ. 6º; y véase también, STC, 1ª, 16/04/1996 (RTC 1996/66; MP: Javier Delgado Barrio)). Este primer juicio entroncaría con lo que VIVES ANTÓN (2011, pp. 820 y ss.) ha llamado el «principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», presentando éste como un «bien jurídico procedimental» (en este sentido, VIVES ANTÓN (2006, apartados 3º y 4º)). También creo que podría relacionarse con el juicio de racionalidad que invocaba el magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA en su voto particular a la STC, Pleno, 28/03/1996 (RTC 1996/55; MP: Carles Viver Pi-Sunyer).

se trate de delitos de opinión. Cabe hacer una excepción con la figura recogida en el primer inciso de la letra a) del apartado 2º ya que, en principio, no cabría formular tacha de constitucionalidad al castigo de los actos de humillación o menosprecio que lesionen la dignidad humana, aunque haya cuestionado en este trabajo la concepción colectiva de la misma que ofrece el precepto. Más allá, desde la perspectiva del enjuiciamiento constitucional, considero que el artículo 510 CP tampoco superaría un *juicio de proporcionalidad* (sucesivo en sentido lógico con respecto al anterior de *juicio de adecuación*), en el que se ponga en relación el reproche de injusto propio de la conducta tipificada con la magnitud de la respuesta jurídica y en el que se valore la necesidad de estas medidas en una «sociedad democrática». Juicio que, en el caso penal, debería verse reforzado como consecuencia del principio de *extrema ratio* y de otros principios penales con relevancia constitucional. Como afirma MIR PUIG, dejando fuera el principio de culpabilidad y el de legalidad porque afectan a la forma de la norma, «[o]tros límites materiales generalmente reconocidos por los penalistas, además de la exigencia de proporción entre delito y pena, como los principios de necesidad de la pena, de subsidiariedad, *última ratio*, fragmentariedad e intervención mínima, de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, pueden integrarse en el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio»¹²⁶. Pues bien, no parece que nuestras sociedades «necesiten» ni resulte «proporcionada» tan extrema protección como la que se ha planteado a través de unos tipos penales cuya magnitud de penas es discutible que se justifique con el grado de ofensa que suponen y que llevan la intervención penal a sus últimos límites castigando actos de provocación con formas de peligrosidad indefinidas, y que incluso castigan actos preparatorios de los propios actos de provocación. Y también aquí debería considerarse el

¹²⁶ MIR PUIG (2010, p. 74). El Tribunal Constitucional, por su parte, no parece asumir una posición tan amplia y ha reducido este juicio a valorar si el legislador hubiera incurrido en un «derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria» (STC, Pleno, 28/03/1996 (RTC 1996/55; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), FJ. 8º); y, además, en otros casos ha considerado también el posible efecto disuasorio que pudiera generar la sanción de conductas cuando estuviera en juego el potencial ejercicio de una libertad fundamental (en particular STC, Pleno, 20/07/1999 (RTC 1999/136; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), y en doctrina véase CUERDA ARNAU (2007a, p. 29)). Por mi parte comparto que, como afirmaran los magistrados GARCÍA MANZANO y GIMENO SENDRA en su voto particular a la STC, Pleno, 02/10/1997 (RTC 1997/161; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), «[l]a proporcionalidad no significa tan sólo, desde mi punto de vista, una adecuación de medios a fines desde la perspectiva cuantitativa, [...] o, al menos, no sólo es encuadrable la proporcionalidad en tal dimensión cuantitativa». En este sentido, aunque en un control concreto de la aplicación de un delito, el Tribunal sí que fue más allá de un mero análisis cuantitativo en su STC, Pleno, 20/07/1999 (RTC 1999/136; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), en la que entró a valorar, entre otras cosas, la relación entre el desvalor del comportamiento prohibido y el sancionado o el efecto disuasorio, ello aunque luego la sentencia la sustentó sobre una desproporción cuantitativa de la pena. Un punto en el que debe apreciarse también la crítica realizada por el magistrado Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA en su voto particular (punto 5 de las conclusiones). En definitiva, «que el TC considere excepcional su capacidad de revisar la constitucionalidad de la decisión del legislador, no supone negar que el legislador deba someterse al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por el contrario, puede considerarse consolidado el reconocimiento por parte del TC de que la ley penal debe respetar, como toda intervención estatal, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, con sus tres exigencias...» (MIR PUIG, 2006, p. 97). Por mi parte no me atrevería a afirmar con tanta rotundidad que el Constitucional haya asumido plenamente este enjuiciamiento amplio.

indudable «efecto disuasorio» que generan este tipo de castigos sobre el ejercicio de la libertad de expresión, cuando nos encontramos con tipos penales que, tal y como se ha advertido, adolecen de un grave déficit de taxatividad y extienden peligrosamente el ámbito típico de los preceptos. Queda al albur del buen criterio del juez no sancionar conductas que, «aparentando» su tipicidad –o incluso siendo típicas–, terminen siendo consideradas legítimo ejercicio de la libertad de expresión y por consiguiente no antijurídicas. Pero, por poner un ejemplo, ¿acaso no disuade de ejercer la libertad de expresión el encontrarnos con noticias de jóvenes que son detenidos o condenados judicialmente como consecuencia de comentarios «agresivos» en Twitter¹²⁷?

Por todo lo cual puede concluirse la insalvable inconstitucionalidad de la mayoría de las figuras típicas recogidas en el nuevo artículo 510 CP, por su afectación a la libertad de expresión y también por vulnerar principios constitucionales que rigen el *ius puniendi* del Estado, muy especialmente el principio de ofensividad (aunque no tenga reconocimiento expreso en el texto constitucional pero que adquiere relevancia a través de ese doble enjuiciamiento propuesto de la adecuación y proporcionalidad de la medida restrictiva de una libertad fundamental).

Asimismo, han sido notables los defectos de técnica legislativa que se han ido refiriendo al desgranar las distintas conductas sancionadas por el nuevo 510 CP: castigo de acciones con idéntico significado que entorpecen la lectura de los tipos penales, graduaciones incongruentes de la gravedad de los actos, desaparición injustificada de elementos típicos...

En definitiva, se trata de una reforma que, pudiendo haber resultado oportuna dadas las carencias que presentaba la antigua regulación, ha terminado empeorando la misma¹²⁸. Ha profundizado en la mayoría de los defectos que la doctrina había ido denunciando, mientras que las mejoras introducidas han sido en cuestiones meramente accesorias. Como se ha comenzado diciendo, nos encontramos ante una reforma «reaccionaria» y técnicamente «pobre». De ahí que se pueda afirmar que sólo hay sombras, sin luces, en la reforma de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia.

6. Tabla de jurisprudencia citada

¹²⁷ Véase el caso del joven detenido en Murcia en 2015 por escribir en una red social que «soltaría una bomba en el Camp Nou», o la joven condenada en 2014 a un año de prisión por apología al terrorismo por pedir en Twitter la vuelta de los Grapo para atentar contra políticos y banqueros.

¹²⁸ En palabras de ALASTUEY DOBÓN (2014, p. 10/26), «[s]e trata de unos tipos penales que, no conformes con recoger la herencia de los defectos en los que ya incurre la regulación vigente, los agrandan sobremanera, situándose lamentablemente en las antípodas de las insistentes reclamaciones doctrinales y de las pautas que han venido marcando nuestros tribunales. Además, ninguna de las razones alegadas para la reforma consiguen justificarla, pues ni es correcta la interpretación realizada de la STC 235/2007, ni es cierto que la Decisión Marco 2008/913/JAI imponga una regulación con estas características».

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STC, Pleno, 25/03/2014	RTC 214/42	Adela Asua Batarrita
STC, 2ª, 22/09/2008	RTC 2008/108	Ramón Rodríguez Arribas
STC, Pleno, 29/01/2008	RTC 2008/12	Elisa Pérez Vega
STC, 1ª, 10/05/2007	RTC 2007/110	Pablo Pérez Tremps
STC, Pleno, 15/02/2007	RTC 2007/38	María Emilia Casas Baamonde
STC, 2ª, 16/01/2004	RTC 2004/5	Vicente Conde Martín de Hijas
STC, Pleno, 12/03/2003	RTC 2003/48	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
STC, 2ª, 26/02/2001	RTC 2001/49	Guillermo Jiménez Sánchez
STC, 2ª, 25/10/1999	RTC 1999/187	Rafael de Mendizábal Allende
STC, Pleno, 20/07/1999	RTC 1999/136	Carles Viver Pi-Sunyer
STC, Pleno, 02/10/1997	RTC 1997/161	Carles Viver Pi-Sunyer
STC, 1ª, 16/04/1996	RTC 1996/66	Javier Delgado Barrio
STC, Pleno, 28/03/1996	RTC 1996/55	Carles Viver Pi-Sunyer
STC, 2ª, 22/05/1995	RTC 1995/76	Rafael de Mendizábal Allende
STC, Pleno, 25/03/1993	RTC 1993/111	Álvaro Rodríguez Bereijo
STC, 1ª, 11/11/1991	RTC 1991/214	Vicente Gimeno Sendra
STC, Pleno, 21/06/1990	RTC 1990/119	Francisco Rubio Llorente
STC, 1ª, 15/02/1990	RTC 1990/20	Fernando García-Mon y González-Regueral
STC, 2ª, 22/02/1989	RTC 1989/51	Jesús Leguina Villa
STC, 1ª, 08/06/1988	RTC 1988/107	Eugenio Díaz Eimil
STC, 1ª, 16/12/1983	RTC 1983/122	Ángel Latorre Segura
STC, 1ª, 18/11/1983	RTC 1983/101	Rafael Gómez-Ferrar Morant
STC, 1ª, 15/10/1982	RTC 1982/62	Rafael Gómez-Ferrer Morant

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala, Sección y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, Penal, 1ª, 13/04/2011	N. Rec. 2071/2010	Siro Francisco García Pérez

Audiencias provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
SAP de Barcelona, 2ª, 26/04/2010	N. 259/2010	Mª José Magaldi Paternostro
SAP de Barcelona, 10ª, 07/10/2009	N. 892/2009	José María Pijuán Canadell
SAP de Barcelona, 3ª, 05/03/2008	ARP 2008\103	José Grau Gasso

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
STEDH, 2ª, 17/12/2013	Apl. 27510/08	Perinçek c./ Suiza
DTEDH, 4ª, 07/06/2011	Apl. 48135/08	B. Gollnisch c./ Francia
DTEDH, 5ª, 20/04/2010	Apl. 18788/09	Le Pen c./ Francia
STEDH, 2ª, 16/07/2009	Apl. 15615/07	Feret c./ Bélgica
STEDH, 5ª, 15/01/2009	Apl. 20985/05	Orban y otros c./ Francia
STEDH, 5ª, 10/07/2008	Apl. 15948/03	Soulas y otros c./ Francia
DTEDH, 5ª, 29/05/2007	Apl. 26870/04	Kern c./ Alemania
DTEDH, 1ª, 20/02/2007	Apl. 35222/04	Pavel Ivanov c./ Rusia
STEDH, 3ª, 21/09/2006	Apl. 73604/01	Monnat c./ Suiza
DTEDH, 2ª, 16/11/2004	Apl. 23131/03	Norwood c./ Reino Unido
STEDH, 2ª, 29/06/2004	Apl. 64915/01	Chauvy y otros c./ Francia
STEDH, 1ª, 04/12/2003	Apl. 35071/97	Günduz c./ Turquía
DTEDH, 4ª, 14/06/2003	Apl. 65831/01	R. Garaudy c./ Francia
DTEDH, 1ª, 01/02/2000	Apl. 32307/96	Hans Jorg Schimanek c./ Austria
DTEDH, 4ª, 20/04/1999	Apl. 41448/98	Hans-Jürgen Witzsch c./ Alemania

STEDH, Gran Sala, 23/09/1998	Apl. 24662/94	Lehideux e Isorni c./ Francia
---------------------------------	---------------	----------------------------------

U. S. Supreme Court

<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
Dennis v. United States, 341 US 494 (1951)	Fred. M. Vinson
Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925)	Edward T. Sanford
Schenck v. United States, 249 US 47, 51-52 (1919)	O. W. Holmes
Abrams v. United States, 250 US 616 (1919)	John H. Clarke

Corte costituzionale

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
Sent. Cort. Cost., 08/03/1962	N. 19/1962	Aldo Sandulli

7. Bibliografía

C. ALASTUEY DOBÓN, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas», *Diario La Ley*, n. 8245, 6.02.2014.

R. ALCÁCER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE.UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, 2015, pp. 45-86.

R. ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, pp. 309-441.

L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2006.

M. ALONSO ÁLAMO, «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, 2012, pp. 35 a 96.

A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe», *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 519-544.

A. AMBROSI, «Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 35-57.

S. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, Comares, Granada, 2004

P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Giuffrè, Bologna, 1984.

J. BARQUÍN SANZ y M. OLMEDO CARDENET, «Artículo 18», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I., Edersa, Madrid, 1999, pp. 896-951.

J. BARQUÍN SANZ, «Apología del genocidio», en C. DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVIII, Edersa, Madrid, 1997, pp. 378-379.

F. J. BASTIDA FREIJEDO, «De las defensas y aperturas de la Constitución», en L. LÓPEZ GUERRA y E. ESPÍN (coords.), *La defensa del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 15-27.

G. BENLLOCH PETT, «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, vol. LIV, 2001, pp. 175-227.

C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, enero/abril 2009, pp. 299-353.

N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Utet, Turín, 2008, pp. 698 y ss.

E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.

C. CARUSO, «Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost.», *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2013, pp. 795-821.

C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», en L. MEZZETTI y A. MORRONE, *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, G. Giappichelli, Turín, 2011, pp. 339-352.

M. COBO DEL ROSAL, «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid/Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, 2004, pp. 103-113.

M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 1997.

M. L. CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal* [base de datos en línea], n. 8, 2007.

M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1125-1166.

M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, n. 1757, de 5 de octubre de 1995, pp. 87-116.

J. M. DE LA ROSA CORTINA, «Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», *Diario La Ley* [base de datos en línea], n. 6842, 17 dic. 2007, Año XXVIII.

B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995», *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, Madrid, CGPJ, 1996, pp. 185-213.

I. DE OTTO PARDO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985

A. DE PABLO SERRANO, «Todo a una carta: la libertad de expresión. El debate en torno al discurso extremo y al discurso de odio en la doctrina y la jurisprudencia del tribunal supremo de Estados Unidos», en F. PÉREZ ÁLVAREZ y L. M. DÍAZ CORTÉS, *Moderno discurso penal y Nuevas Tecnologías*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 72 a 87.

A. DE PABLO SERRANO, «El bien jurídico y otros problemas del delito de negación o justificación del genocidio (artículo 607.2 del Código penal). "Crónica de una muerte anunciada"», en Gabriel IGNACIO ANITUA *et. al.*, *Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro*, Buenos Aires: Fabián J. Di Placido, 2012, pp. 157-177.

G. DE VERO, «Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi», *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 4ª ed., Vol. VII., UTET, Roma, 2005, pp. 292-302.

G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milán, 1988.

F. J. DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

- L. M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 1958.
- B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens* (La punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz), de Thomas Wandres. Duncker & Humblot (*Strafrechtliche Abhandlungen*, N. F., tomo 129)», *ADPCP*, vol. LIII., 2000, pp. 1187-1211.
- B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 6, 1998, pp. 2267-2284.
- J. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El delito de genocidio», en M^a. R. DÍAZ-SANTOS Y V. SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, pp. 9-24.
- C. FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM, Padua, 1972.
- G. FOX/G. NOLTE, «Intolerant Democracies», *Harvard International Law Journal*, n. 36, 1995, pp. 1 y ss.
- E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milán, 2012.
- M. A. GARCÍA HERRERA, «Estado democrático y libertad de expresión (I)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 64, 1989, pp. 141-174.
- J. GARCÍA ROCA, «Abuso de los Derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en ÍD. y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europea de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucional, Madrid, 2009, pp. 797-828.
- J. GARCÍA ROCA, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (Un comentario a los artículos 17 del Convenio Europeo y II-54 del proyecto de tratado constitucional para Europa)», en AA.VV., *Constitución, Estado de las autonomías y Justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 629-660.
- J. GIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 578», en C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007.
- V. GÓMEZ MARTÍN, «Discurso del odio y principio del hecho», en S. MIR PUIG y M. CORDOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89-119.

G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», en AA.VV., *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, 5ª ed., Monduzzi Editore, Bologna, 2009, pp. 251-309.

J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata*». UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época, n. 7, 2012, pp. 297-346.

J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Ed. de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.

J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz (art. 607.2 Cp) y el delito de provocación (art. 510) a la luz del caso Varela: una oportunidad perdida para la cuestión de inconstitucionalidad (Comentario a la sentencia del Juzgado de lo penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *Actualidad Penal*, 1999, pp. 689-715.

P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, 1996, pp. 219-281.

P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla Decisione Quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo», *Ius17*, n. 3, 2011, pp. 109-158.

D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.

M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'egualianza e difesa dello Stato», en AA.VV., *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Milán, 2003, pp. 511-539.

F. MANTOVANI, «I reati di opinione», en ÍD, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, pp. 164-172.

F. MANTOVANI «Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXV, fasc. 1-2, 1968a.

F. MANTOVANI, «Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti cirminosi», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXIV, fasc. 1-2, 1968b, pp. 68-125. También publicado en *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, Padua, 2008, pp. 67-107.

J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La apología delictiva», *Actualidad Penal*, n. 34, 1997, pp. 755-764.

M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP», *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000, pp. 99-116.

M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «No todas las ideas son respetables. Racismo y nacionalsocialismo en el Estado Constitucional Democrático. Acerca de la STC 214/1991 de 11 de noviembre», *RGD*, n. 585, Valencia, 1993, pp. 5785-5804.

L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988

M. MEDINA GUERRERO, «La articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de las libertades de expresión e información», en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 2, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, pp. 1669-1699.

M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

A. MERLI, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2008.

S. MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en ÍD. y J. J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 67-104.

F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987

A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.

P. NUVOLONE, «Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento», *Legge Penale e Libertà del pensiero*, III Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966.

A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, 2ª ed., CEDAM, Padua, 1992.

L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-Wide Criminal Prohibition», *Jean Monnet Working Paper*, 10/2009, pp. 26-39. Disponible en: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091001.html>

M. PELISSERO, *Reato político e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Nápoles, 2000.

M. POLAINO NAVARRETE, «Artículos 17 y 18», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I., Edersa, Madrid, 1999, pp. 954-974.

G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004.

F. REY MARTÍNEZ, «Racismo líquido», *Claves de razón práctica*, n. 237, 2014, pp. 88-95.

T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

G. ROLLA, «El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y de la vida privada», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, nº 7, 2002, pp. 140-167.

G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *UNED-Revista de Derecho político*, n. 73, 2008, pp. 101-146

G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l')», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Editrice Torinese, Turín, 1982, pp. 152-171.

F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2004.

L. STORTONI, «L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?», *Il Foro Italiano*, vol. CII, 1979, pp. 899-905

A. TURIENZO FERNÁNDEZ, «El delito de negación del holocausto», *InDret*, n. 1, 2015.

T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

T. S. VIVES ANTÓN, *et alii: Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

T. S. VIVES ANTÓN, «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», en J. L. GÓMEZ COLOMER y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio* [base de datos Tiran Online - TOL971.904], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

T. S. VIVES ANTÓN, «La libertad de expresión e información: límites penales», *El derecho a la información*, Libros pórtico, Zaragoza, 1995, pp. 111-119

T. S. VIVES ANTÓN, «Libertad de expresión y derecho al honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, pp. 239-279.

J. WALDRON, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)/Londres (Inglaterra), 2012.

V. ZAGREBELSKY *et. al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. CEDAM, Padua, 2012.