

## **EL NEGACIONISMO COMO DELITO PENAL. SENTENCIA DEL TC ESPAÑOL SOBRE EL CASO VARELA**

*Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Investigador Humboldt*

El Código Penal de 1995 vino a levantar de nueva planta el derecho penal español. Todo lo anterior, a pesar de las intensas reformas desde principios de la transición (1997) se asentaba en la legislación penal del franquismo con su última expresión en el llamado Código Penal de 1973. Entre las novedades que ocupaban lugar destacado en el capítulo de delitos de la parte especial se destacaban dos.

En primer lugar y como complemento del delito de genocidio y entre los delitos contra la comunidad internacional se contaba el llamado delito de “megacriminismo”. El Código tras definir los supuestos de genocidio en el primer apartado del art.607 precedía en el segundo apartado a incriminar "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados o pretendan la rehabilitación de regímenes que amparen las practicas generadoras de los mismos.

En segundo lugar, en un capítulo bien renovado dedicado a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas se incluyó un delito dedicado a incriminar la conducta de los que provoquen a la discriminación, al odio, a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas, y otros referentes a la ideología religiosa o creencias, situación familiar, pertenencia étnica o razón, su origen racional o minusvalía se castigan con prisión de uno a tres años y multa.

Con igual pena se castiga a quienes con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad difundieron información injuriosa sobre grupos en relación a su ideología, religión... etc.

Se establecían así en un todo orgánico los delitos de negación del genocidio, de su justificación o incitación al mismo y los delitos de odio, por utilizar una denominación sintética.

Pero la vida jurídica española dio lugar al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal que había de decidir la confirmación de una condena por delito de negacionismo y por el de incitación al odio al dueño de una librería que distribuía libros y objetos de propaganda nazi y que era además lugar de encuentro de personas de dicha adscripción política.

El Tribunal Constitucional estableció en su sentencia la inconstitucionalidad de la incriminación del mero “negar” la existencia de los delitos de genocidio y la conformidad a la constitución del resto del precepto, dirigido a castigar a los que justifiquen los delitos en cuestión o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen dichas prácticas.

El fundamento de la inconstitucionalidad lo estableció el Tribunal Constitucional en la incompatibilidad de la incriminación del negacionismo con el derecho fundamental a la libertad de expresión contenida en el art. 20.1 C.E.

El resultado de la sentencia resultó sorprendentemente, pues en sus mismos fundamentos y sobre la propia doctrina del Tribunal Constitucional se había proclamado lo siguiente:

“el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de

nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la referencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha recocado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que suponga una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

Aún más, poco más adelante, en el mismo fundamento jurídico 5 dice:

“el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos (STC 43/2004, de 23 de marzo), encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. Como dijimos en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8, “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuando protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genera ricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”. Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por

ello podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 C.E.

“La Literalidad del precepto del 607.2 en la medida que castiga la transmisión de ideas en sí mismo considerada sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión e incluso eventualmente por las libertades de investigación científica (art. 16 CE) y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través, constituye un límite infranqueable para el legislador penal”. Y sin piedad sigue el Tribunal poco más adelante: .... Nuestro ordenamiento Constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en caso en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana....”.

En definitiva, el Tribunal Constitucional decide desconocer toda la construcción jurídica de lo que se llama “negacionismo” - como a explicado en un magnífico texto todavía inédito María Elosegui- y se limita a interpretar el término “nieguen” en el modo menos significativo posible, totalmente ajeno a la comprensión social, política de que las dos estrategias fundamentales de que los promotores del nacionalismo e ideas afines consisten en la negación y en la justificación del genocidio judío, exterminio extendido a otros grupos raciales, nacionales o políticos, cuya afirmación, denuncia y persecución representa, junto con la proclamación de la dignidad humana, el núcleo constituyente de la Europa Moderna tras 1945, también para aquellos países para quienes como España no alcanzaron 1945 hasta 1977.

En definitiva, la sentencia del TC español sobre la negación de genocidio es una sentencia poco productiva, para un debate sobre “principios y reglas” y ponderación en la interpretación constitucional del Derecho penal. No es una sentencia sobre comprensión y sistemática, sino de lectura, mejor de iniciación a la lectura: ¿qué significa negar el holocausto nazi?. Una sentencia en la que se cometieron todos los pecados del Tribunal legislador.

Pero aunque Roma locuta causa finita, en este caso puede producirse una excepción. El legislador que elabora la reforma penal en curso ha recuperado el delito de negacionismo y quizá se reproduzca la discusión.

La sorpresa de la sentencia deriva de que el Tribunal Constitucional español conoce bien practica la teoría de la Justicia Constitucional y, en especial, en materia de protección de Derechos fundamentales. Por precisar aún más, conoce bien la doctrina de que la aplicación de las leyes (penales) de lugar a conflictos entre principios fundamentales y que la ponderación entre ellos es la tarea por excelencia del Tribunal Constitucional.

El tema de los Derechos fundamentales y de la ponderación y su construcción por los profesores y magistrados del BFG son una de las tres grandes contribuciones alemanas a la Europa Contemporánea. Permítanme este breve excursus en una Jornada hispano alemana amparada por nuestra querida Fundación Alexander Von Humboldt.

La primera es sin duda la propia Justicia Constitucional, es decir la idea de que en el Estado Constitucional todos los poderes del Estado están vinculados a la Constitución y que existe un órgano habilitado para garantizar esa vinculación de modo autónomo: el Tribunal Constitucional.

La segunda es que en los países desarrollados como los europeos los dos únicos ordenes económicos que se merece una sociedad de seres humanos libres son las que se organizan conforme a dos principios, alternativa o combinadamente: la social democracia y el orden liberalismo. En definitiva, el idea de que la única organización del Estado legítima es la del Estado de Derecho y Estado Social, lo que nosotros hemos titulado como Estado Social y democrático de Derecho, fuera de lo cual no hay más que capitalismo salvaje y lucha de clases.

La tercera gran contribución Alemania es precisamente la que nos convoca: la teoría general y la dogmática de la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales en la aplicación de las Leyes. Aún más, si me permiten, una teoría y una dogmática que tiene en mi opinión dos fases, la fundacional o de la

ponderación y la moderna, la de los principios y reglas de Robert Alexi. Todavía más, estimo que aunque el campo de vigencia de las construcciones jurídicas alemanas es grande, quizá toda la Europa continental y el continente americano desde México hasta Tierra del Fuego, el salto más allá del Canal de la Mancha resulta difícil y aún más, al país capaz de crear la Sociedad de Naciones e impedir después que el propio país tome parte en ella, o no se deje vincular por convenios y pactos internacionales que limiten su jurisdicción.

Pero estoy convencido que la idea de proporcionalidad es la más compartida de las ideas jurídicas, y quien acepta la idea de proporcionalidad debe de modo natural encontrar el camino a la ponderación. Estoy convencido que ese es el camino más seguro para la deseable armonización en el imparable proceso de globalización del Derecho.

## II

Lo que acontece en el art. 607.2, es un conflicto entre la incriminación penal de una conducta y un derecho fundamental como el de libre expresión. Este tipo en un conflicto más frecuente que el que creemos.

Suele producirse –tal y como expresé en una contribución al libro homenaje al Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tuvo el significativo título de “Las cuestiones de referencia constitucional”- en los tipos penales de la parte especial en los que hay un “conflicto interno trascendente” entre la incriminación penal que protege un interés o bien jurídico relevante y un derecho fundamental en cuyo ejercicio se ha podido producir la conducta en cuestión. Son los casos de conflicto entre la libertad de expresión y las injurias, entre la libertad de reunión y manifestación y los tipos penales o administrativos de represión de la protesta, el conflicto entre la libertad sindical y los tipos penales de las coacciones, entre la libertad de la mujer y los delitos represivos del aborto del tiempo pasado o por venir.

En todos estos delitos hay conflictos entre principios, algunos de los cuales son derechos fundamentales y otros intereses o funciones constitucionales relevantes.

En todos estos tipos penales se producen dichos conflictos y siempre se resuelven tras una más o menos afortunada ponderación, salvo cuando se escamotea en el proceso de discusión, porque se desconoce lo que se protege o se pretende proteger mediante la cláusula penal, como en la sentencia del negacionismo. Todo se resuelve pero ¿Cuál es el modo más racional y transparente de resolver el conflicto entre principios?. En mi opinión, lo es la teoría que representa como máximo exponente Robert Alexi. En materia penal vale por todo la proyección de su teoría sobre los conflictos entre la libertad de expresión y los delitos de injurias.

En el Derecho penal ha existido desde Cesare Beccaria pulsiones para el control de la racionalidad de los tipos penales. El más constante y eficaz de los mecanismos para ello ha sido la idea y principio del Bien Jurídico, desde su creación por Birnbaum. El asunto es bien conocido por todos. Los penalistas de ambos lados continentales de las Galias proclaman que el Derecho penal constitucional reclama como principio la idea de que los tipos penales, para ser legítimos, tienen que proteger un bien jurídico constitucionalmente relevante y, además, hacerlo con proporcionalidad y adecuación.

El principio, a pesar de inscrito en el frontispicio de los tratados de los penalistas alemanes contemporáneos más reconocidos, vivía una vida tibia en los últimos años. Su puesta en cuestión por algunos como Jacobs dio lugar a un debate colectivo editado en Alemania y España por Heffendel.

### III

El proyecto de Reforma de Código que se encuentra en tramitación en el Senado y que alcanzará la aprobación definitiva en pocos meses lleva a cabo una reforma que transpone la Decisión Marco (2008/913/JAI) relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia.

El art.510 queda sustituido por un texto que ordena y sistematiza mejor las conductas punibles con prisión de uno a cuatro años y multa que son ahora las siguientes:

- a) Fomento público, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia.
- b) Producción o difusión de escritos y materiales idóneos para fomentar, promover o matar al odio.
- c) Pública negociación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad.

Las penas se reducen a prisión de seis meses a dos años y multa para los supuestos siguientes:

- a) Acciones que lesiones la dignidad de las personas que \*\*\*\* humillaciones, menosprecio o descredito.
- b) Enaltecimiento o justificaciones por cualquier medio de expresión pública de los delitos acometidos contra los grupos discriminados de referencia.

Pero estos dos últimos supuestos promuevan o favorezcan inclinación de violencia, hostilidad, odio o discriminación se eleva la pena a prisión de uno a cuatro años y multa.

Todas las penas del art.510 se imponen en su mitad superior cuando los hechos de realicen a través de un medio de comunicación social, internet o similares.

Podrán imponerse las penas en su grado superior o, incluso, las penas superiores en grado si los hechos y sus circunstancias resultan idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- ALCÁCER GUIRAO, R., *Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia*. En Revista Española de Derecho Constitucional, nº97, Enero 2013.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*. En Revista para el Análisis del Derecho, Madrid, 2009.
- AUTORES VARIOS., *El principio de proporcionalidad penal*, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A / RUSCONI, M (Dir.), Ed. AD.HOC, Buenos Aires, 2014.
- BILBAO UBILLOS, J.M., *La negación del holocausto en la jurisprudencia del tribunal Europeo de derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión*. En Revista de Derecho Político, Enero-agosto 2008.
- COHEN-JONATHAN. G., *Négationnisme et droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, pp. 571-597;
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Negacionismo y Revisionismo del Genocidio: perspectiva penal y constitucional*. En revista Diario LA LEY, nº 6842, Diciembre 2007.
- DE GOUTTES.R., *A propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme*, in *Mélanges Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 251-265;
- DELMAS-MARTY M., *Le crime contre l'humanité, les droits de l'Homme, et l'irréductible humain*, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1994, pp. 477-490.
- EDELMAN B., *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, *Dalloz*, 1997, p. 186.
- ELÓSEGUI ITXASO,M., *El principio de proporcionalidad de Alexy y los acontecimientos razonables en el caso de Tedh Eweida y otros C. Reino Unido*. Ejemplar mecanografiado.
- ELÓSEGUI, M., *La negociación o justificación del genocidio como delito penal en el Derecho Europeo*. Ejemplar mecanografiado.
- GARIBIAN, S., *Caso Perinçek*, *En Revista Derechos Humanos*, nº7,2014.
- GARIBIAN S., *Pour une lecture juridique des quatre lois 'mémorielles'*, *Esprit*, febrero 2006, pp. 158-173.
- HOCHMANN, T., *Le negationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Ed. A.Pedone, París, 2013.

- SANCHÉZ-OSTIZ, P., *Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal*, En Universidad de Navarra.
- SALVADOR CODERCH, P / RUBÍ PUIG, A., *Negación de genocidio y libertad de expresión*, En Barcelona 1927.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio: Evolución Jurisprudencial del Art.* En Revista de Derecho Penal, nº7, Enero 2012.
- LEVINET M., *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme. Obs. s/ la décision du 24 juin 2003, Garaudy c. France, Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, pp. 653-662.
- LIPSTADT .D., *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, Free Press, New York, 1993, p. 26.
- LOBBA, P., *Un "arresto" della tendenza repressiva Europea sul negazionismo*. Milano, 2010-2014.
- ROETS D., *Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme*, Dalloz, 2004, pp. 240-244.
- TROPER. M., *La loi Gayssot et la Constitution*, Annales HSS, nº 6, 1999, pp. 1243-1244.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A., *El delito de negación del holocausto*. En Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Enero 2015.
- WACHSMANN.P., *La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme*, in J.-F. FLAUSS y M. DE SALVIA éd., *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis*, Nemesis / Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 101 ss y Liberté d'expression et négationnisme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme Garaudy c.France, Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, pp. 653-662, y D. ROETS, Epilogue européen dans
- *L'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme*, Dalloz, 2004, pp. 240-244.