

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
In cotutela internazionale con la
Universidad de Murcia

DOTTORATO DI RICERCA IN

Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/C1 - DIRITTO COSTITUZIONALE

Settore Scientifico disciplinare: IUS/08 - DIRITTO COSTITUZIONALE

TITOLO TESI

**LA LUCHA DEL DERECHO CONTRA EL NEGACIONISMO: UNA PELIGROSA FRONTERA.
Particular estudio de los ordenamientos español e italiano**

**LA LOTTA DEL DIRITTO CONTRO IL NEGAZIONISMO: UN CONFINE PERICOLOSO.
Approfondimento particolare degli ordinamenti spagnolo e italiano**

Presentata da: Dott. GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Coordinatore Dottorato

Relatori

Prof. ANDREA MORRONE

Prof. ANDREA MORRONE

Prof. JAIME M. PERIS RIERA

Prof. ÁNGEL GARRORENA MORALES

Esame finale anno: 2014

PROEMIO

Recuerdos y agradecimientos

«...y entré en Bolonia, ciudad que no debe nada en grandeza y cuanto quisierais a todas las de Italia [...] donde hay que ver el Colegio de los españoles, cosa muy insigne y de toda la ciudad venerada [...]. [Los colegiales visten] unas ropas negras fruncidas, hechas a la antigua, con unas mangas en punta, que acá llamáis, y unas becas moradas. El rector de ellos suele ser también de la Universidad, y entonces trae la ropa de raso y la beca de brocado, que llaman el «capucio», el cual le dan con tanta honra y triunfo como en tiempo de los romanos se solía hacer [...] [La Universidad es] muy excelente, y donde hay varones doctísimos en todas Facultades [...] No alabo yo la Universidad porque tenga muchos estudiantes ni pocos, sino por los muchos y grandes letrados que de ella salen y en ella están...»

(Viaje de Turquía, s. XVI¹)

Fue un 17 de diciembre hace ya cuatro años cuando crucé por primera vez el *portone* del Colegio de España en Bolonia. Era una fría mañana en la que comenzaban a caer los primeros copos de nieve (algo que, para un murciano, no deja de ser fascinante), pero fue la bella imagen de su *cortile* la que congeló mi corazón. Aquellos momentos en la vida de una persona en los que su retina actúa como la más perfecta cámara de fotos para fijar un recuerdo eterno. Fue sin embargo el diez de enero, primero al abrir la puerta del armario de mi habitación y ver en ella grabados los nombres de quienes para mí eran autorizados «libros» y luego al acostarme mi primera noche bajo la gótica bóveda de la *stanza* 21, cuando comencé a sentir lo que representaba haber sido becado como colegial del Real Colegio de España: un enano sobre las espaldas de gigantes. Empezaba así el ilusionante camino de mi doctorado en Bolonia. La semilla la había sembrado años antes un profesor de penal cuando, a quien era uno de sus alumnos internos que estudiaba segundo de carrera, lo distrajo de su vocación como juez animándolo a que, si terminaba la licenciatura con brillantez, no dejara perder la oportunidad de vivir la experiencia de ir al Colegio de España; este alumno había crecido en familia viendo la entrega a la docencia y hacer el doctorado en Bolonia iba a ser -según le advertía el profesor mientras le enseñaba las *Proles Aegidiana*- una vivencia única, y él estaba dispuesto a firmarle la carta de presentación llegado el día. Pues bien, ambos cumplieron y haciendo ahora balance comprendo la pasión con la que me habló ese profesor. Con la presentación de esta tesis culminó una enriquecedora etapa de formación académica y de crecimiento personal, aunque debo reconocer

¹ Atribuido a Cristóbal DE VILLALÓN. Un texto preparado por Enrique SUÁREZ FIGAREDO, sobre la base de la edición que en 1919 publicó la editorial Calpe, se encuentra accesible en: http://users.ipfw.edu/jehle/CERVANTE/othertexts/Suarez_Figaredo_ViajeTurquia.pdf.

también que se ha presentado no exenta de dificultades, las cuales ayudan a comprender el valor de la vida, de sus pequeñas cosas y sobre todo de con quiénes las compartimos, cruces que sirven para reorientar la brújula en un frenético mundo en el que probablemente tengamos que aprender a andar con paso más tranquilo y humano.

Quiero que sean entonces mis primeras palabras de *reconocimiento y agradecimiento* para esa institución única que es el *Colegio de España* que en este año 2014 celebra su seiscientos cincuenta aniversario desde que el *Cardenal Albornoz* dispusiera para la eternidad esta «moderna» Obra, donde jóvenes estudiantes pueden culminar su formación en la que fue la primera universidad del mundo, buscando no sólo la excelencia académica sino también los valores humanos. Un ideal, sin duda, moderno como ningún otro y un ejemplo de cómo una persona, eso sí, de rasgos excepcionales, puede construir por sí misma obras entregadas a la eternidad. Todo, además -o precisamente por ello-, regido por un sentimiento de Justicia y Caridad.

Expreso también mi más sincero agradecimiento al *profesor Peris*; querido Jaime, gracias por haberme despistado para que disfrutara de esta oportunidad única. Si tuviera que destacar uno de sus rasgos ha sido precisamente el de la «*generosidad*». El profesor Peris ha sido de esos maestros siempre dispuesto a abrir puertas y ventanas para que quien está bajo su tutela crezca. Y tengo que reconocer que conmigo lo ha demostrado de manera extraordinaria, más aún cuando he sido díscolo y me he dejado llevar por mi pasión por el Derecho constitucional. Mi agradecimiento supone así una obligación natural que no prescribe, pero sobre todo es un aprendizaje del espíritu generoso y tolerante que ha de inspirar a un maestro universitario.

Y ha sido el Derecho constitucional el que me ha acercado a un gran maestro a quien igualmente debo mostrar mi profundo agradecimiento, el *Prof. Garrorena*. Don Ángel no dudó en abrirme las puertas de su extraordinario magisterio que ya conociera como alumno de Licenciatura y que ahora he podido disfrutar aprendiendo de sus meticulosas correcciones que han repasado cada una de las líneas de este trabajo. Se incorporó a la codirección de esta tesis cuando la misma ya estaba bastante avanzada, pero se entregó a ella orientando su constitucionalización, ayudando a enderezar y a mejorar cada expresión y cada idea. Siendo míos los fallos que a lo largo de este extenso trabajo seguro que se encontrarán, quiero destacar cuánto me ha enseñado. Rectos consejos que espero recordar cada vez que me coloque ante el papel en blanco para pensar cómo trazar el esquema de lo que se quiera estudiar antes de llenarlo y saber buscar la brillantez en la directa concisión. No olvidaré aquella larga nota que rodeaba los

márgenes de una de las páginas de la tesis y que comenzaba recordando que «Rodrigo Fernández-Carvajal decía...», porque precisamente creo que la esencia de la Universidad se encuentra en esa cadena de transmisión, en ese diálogo de maestros a discípulos (por cierto, aquello que el maestro de mi maestro decía era «que para hacer una tortilla hay que batir la yema con la clara»). Así las cosas, me siento afortunado de haber podido aprender en ese diálogo con un maestro.

Por supuesto debo también mostrar mi agradecimiento al *Prof. Morrone* que no sólo me acogió como doctorando sino que ha contado conmigo para jugar en la «*squadra*» *bolognese*, donde he conocido el dinamismo de su programa de doctorado con multitud de seminarios y de actividades formativas y a través del cual me he podido integrar en la cultura académica italiana, tanto que allí tomé la alternativa dando mi primera clase de la mano del joven *ricercatore Edoardo Raffiotta*, y también con él y junto a mi querido amigo *Antonio Pérez*, emprendimos la aventura del Seminario italo-español de estudios constitucionales. Una rica experiencia en la que recibimos la viveza del centenar de jóvenes investigadores que participaron y la excelencia humilde y generosa de los profesores de su excelso comité científico. Todo lo cual bajo el amparo de nuestro Colegio de España y de la *Facoltà di Giurisprudenza dell'Alma Mater Studiorum-Università di Bologna*.

Aprovecho también para reconocer la viveza de esta Universidad y para auspiciar que tanto ésta como el Colegio de España puedan seguir cumpliendo siglos celebrando su hermanamiento en un destino común. También tengo que agradecer a mi querida *Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, con mi mayor afecto a aquellos profesores que tanto me han enseñado entre sus aulas, y de la cual además soy becario, dándome así sostenimiento económico en este periodo pre-doctoral, aunque en ocasiones se convierta en aquella amada enemiga que lamentara el mismo Quijote: «si tu fermosura me desprecia, si tu valor no es en mi pro, si tus desdenes son en mi afiancamiento, maguer que yo sea asaz de sufrido, mal podré sostenerme en esta cuita [...] ¡oh bella ingrata, amada enemiga mía!»².

Por su parte, sincero es también mi agradecimiento al *profesor Mantovani*, con quien pude compartir una estancia de estudios en Florencia, en la que cada miércoles disfrutaba una tarde de estimulante tertulia donde discutíamos *divinarum atque humanarum rerum notitia*; planteando siempre sugerentes cuestiones que impregnan la filosofía profunda de este trabajo. Mi agradecimiento es aún mayor por la disposición del profesor Mantovani para participar del tribunal que evaluará esta tesis. Un agradecimiento que hago extensivo a todos los

² M. DE CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha*, Cap. XXV, Primera parte. La cita ha sido tomada de la edición de Cátedra (Madrid, 1977, p. 302).

miembros del tribunal, en particular al *Prof. Aragón Reyes*, al *Prof. Rodríguez-Zapata* y al *Prof. R. Romboli*, cuya sana crítica estoy seguro que ayudará a mejorar el contenido del trabajo expuesto y sobre todo lo hará madurar académicamente. También tengo que agradecer al *Prof. T. Giupponi* y al *Prof. G. Guiglia* que se prestaron como miembros expertos para valorar la idoneidad de esta tesis a los fines de obtener el título de *Doctor Europaeus*. Y reconozco aquí mi respeto a los maestros de la escuela boloñesa, los profesores *Augusto Barbera* y *Giuseppe De Vergottini*, que nos han ilustrado con estimulantes seminarios de doctorado en estos años en Bolonia.

Asimismo, en relación con ayudas más inmediatas a este trabajo, quiero agradecer la colaboración de la *Dott.ssa Cacciari*, secretaria del Colegio, y de mi buen amigo *Corrado Caruso*, que me han ayudado a sortear las dificultades administrativas de esta cotutela internacional en nuestras kafkianas universidades. Con Corrado, además, he podido compartir *belle chiacchiere* sobre el objeto de mi tesis que él tanto y tan bien ha trabajado. Del mismo modo, debo agradecer muy sinceramente la mano que me han echado para la traducción al italiano de parte de esta tesis tanto *Lisa Lanzoni* como mi querida *Stella Romano*, a quien conocí cuando ella se presentó como doctoranda introduciendo su tema de tesis sobre valores constitucionales, con una *vis politica* y un espíritu humano cautivadores, y con quien tan bellos momentos he compartido descubriendo que incluso en tiempos oscuros «la vida es sueño».

Y en tal sentido quiero dedicar un último recuerdo más personal a aquellos con quienes he compartido este peregrinaje. En primer lugar a mis queridos colegiales, compañeros de colegiatura, viejos y nuevos, reviejos y renuevos, con quienes he vivido tantas experiencias en la aventura colegial. Un fraternal lazo me ha unido en especial a mis queridos *Josemi* y *Eugenio*, a *Antonio*, *Julio* y *Fernando*, a nuestro noble decano, *Fran*, y, por supuesto, a mi querido *Gabriel*, con quien no olvidaré las noches de mus y tertulia bajo las estrellas en la bancada que separaba nuestras habitaciones en el *cortile*. Y es que, como advertía el príncipe de Salina en el *Gatopardo*, «el significado de un noble linaje se halla todo en las tradiciones, es decir en los recuerdos vitales»; y nosotros hemos compartido muchos de ellos. Y así merece una particular mención nuestro *Sr. Rector D. José Guillermo García-Valdecasas*, a quien tengo que agradecer la especial confianza que depositó en mí como colegial y por haber escrito parte de esa partitura colmada de tradiciones y experiencias colegiales.

Además, en el Colegio tengo que agradecer también las atenciones de todo su personal. Ya he mencionado a la *Dott.ssa Antonella Cacciari*, a la que se unirían la *Dott.ssa Enrica Coser*, bibliotecaria; nuestros encantadores camareros *Janghir* y

Cosimo; el buen cocinero de *Benito* y su mujer; a *Yagia* y a *Lia*; y a nuestros custodes, del genial *Walther* al nocturno *Nicola* pasando por *Alberto*. Y a nuestro siempre cercano marques *Massimo Paolucci* y en general a todo el personal con el que hemos compartido la *Domus albornociana*.

Son también muchos los compañeros, en realidad amigos, que he forjado en el doctorado de la Universidad y *extra mura* en la ciudad de Bolonia, reunidos en torno a nuestra parroquia del *bar Collegio di Spagna* regentado por *Christian*. Mis queridos y queridas *Giovanni, Rossi, Elena, Polacchini, Caterina* y *Shengru*; también *Federico Marella*, siempre tan gentil con todos los colegiales; y mis compañeros de cátedra, *Marta, Francesca Minni* y *Domicalli*, y *Francesco Conte*. Son parte del patrimonio inmaterial que acopio de este doctorado italiano.

Y, por supuesto, mis amigos de siempre. A esos mosqueteros unidos en un firme lazo de fidelidad; porque la amistad sólo se puede cultivar entre corazones nobles.

Quiero, sin embargo, que mis últimas palabras vengan referidas a mi *familia*, y en especial a mi *madre*. Y es que, como dijera el abuelito, «las efemérides son fechas que invitan a la reflexión y a hacer balance». Es por ello que no puedo dejar de reconocer la fortuna de tener una familia que, siguiendo con las mismas palabras del abuelo, «siempre tuvo una prioridad: la educación de sus hijos». Ese es el mayor legado recibido en herencia, junto a su honradez ejemplar y espíritu de trabajo, y que sin duda han sentado las bases para que hoy pueda optar al título de doctor universitario. Pero, sobre todo, he de destacar el calor humano que siempre me ha acompañado en mi familia. Y aquí he de reconocer públicamente la abnegación bíblica de mi *madre*, con su profundo amor que sólo puede nacer precisamente de una Madre que se entrega a su hijo. Sé que no ha sido fácil; pero sin ese amor, sin tus cuidados y atenciones, reitero sin esa absoluta abnegación materna, nunca podría haber llegado hasta aquí.

«Bien podrán los encantadores quitarme la ventura; pero el esfuerzo y el ánimo será imposible»

(M. DE CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha*, Cap. XVII, Segunda Parte)

ÍNDICE

PROEMIO.- RECUERDOS Y AGRADECIMIENTOS I

PRESENTACIÓN.- ¿POR QUÉ UN ESTUDIO SOBRE LA LUCHA DEL DERECHO CONTRA EL «NEGACIONISMO»?..... 1

PARTE 1ª.- LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA ANTE EL FENÓMENO NEGACIONISTA

CAPÍTULO 1.- LA MEMORIA COLECTIVA EUROPEA Y LA SUPERACIÓN DE SU TRÁGICO PASADO (UNA INTRODUCCIÓN) 13

1. El Holocausto como trágico «mito» frente al que se re-funda Europa..... 13
2. La superación de un pasado traumático: Historia, memoria y Derecho (perspectiva general)..... 15

CAPÍTULO 2.- EL NEGACIONISMO: IDENTIFICACIÓN DEL FENÓMENO Y POSIBLES RESPUESTAS..... 23

1. El fenómeno negacionista: precisiones conceptuales..... 23
2. Particular estudio del negacionismo del Holocausto y su distinción con el revisionismo histórico..... 27
 - 2.1. *Caracteres diferenciales del negacionismo del Holocausto y sus métodos o axiomas*..... 27
 - 2.1.1. Caracteres y métodos propios de los negacionistas del Holocausto..... 27
 - 2.1.2. Los axiomas rectores del ideario negacionista 31
 - 2.2. *Aproximación a la evolución del movimiento negacionista del Holocausto*..... 32
3. Respuestas frente a los «asesinos de la memoria»: el anti-negacionismo ante un «pasado que no pasa»..... 41

PARTE 2ª.- LA LUCHA DEL DERECHO CONTRA EL NEGACIONISMO

SECCIÓN I.- ESTUDIO COMPARADO

CAPÍTULO 3.- MARCO INTERNACIONAL Y EUROPEO EN LA LUCHA CONTRA EL NEGACIONISMO.....	45
1. Instrumentos internacionales: Naciones Unidas y Consejo de Europa.....	46
1.1. <i>Ámbito de las Naciones Unidas</i>	46
1.1.1. Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948.....	46
1.1.2. Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965.....	47
1.1.3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.....	48
1.2. <i>Ámbito del Consejo de Europa</i>	48
2. Normativa de la Unión Europea: La Decisión marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.....	52
2.1. <i>El fatigoso iter hasta el nacimiento de la Decisión marco y sus antecedentes</i>	54
2.1.1. Antecedentes: La Acción Común 96/443/JAI del Consejo, de 15 de julio de 1996.....	54
2.1.2. La propuesta por la Comisión de una Decisión marco para la lucha contra el racismo y la xenofobia de 28 de noviembre de 2001.....	57
2.1.3. El peregrinaje legislativo: debates en el Parlamento y en el Consejo.....	59
2.2. <i>La Decisión marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008</i>	65
2.2.1. Diseño básico del delito de negacionismo ofrecido por la Decisión marco: el castigo del negacionismo en la lógica de la lucha contra el racismo y la xenofobia.....	66
2.2.2. Las cualificaciones adicionales: posibilidades de restricción del ámbito punitivo según los modelos nacionales.....	68
2.2.3. La orquilla penológica prescrita y el castigo de la incitación a las conductas de provocación.....	69
2.2.4. La cláusula de garantía de las libertades fundamentales.....	70
2.2.5. Dudas acerca de la eficacia vinculatoria de la Decisión marco para la definición de un delito de negacionismo armónico en Europa.....	72
3. El negacionismo en las decisiones y jurisprudencia de organismos internacionales... 74	
3.1. <i>El Comité de Derechos Humanos de la ONU: decisión del caso Faurisson y otros informes posteriores</i>	74
3.2. <i>La Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	79
3.2.1. Notas sobre el marco general de la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	79
3.2.2. La Comisión Europea de Derechos Humanos ante las expresiones negacionistas.....	82

–	Primeras decisiones: inadmisión de los amparos por saciones a discursos negacionistas tras un completo test.....	82
–	La evolución en la posición de la Comisión: refuerzo argumentativo sobre la base del art. 17 CEDH para aplicar un test «mínimo».....	84
–	Recapitulación: la «necesidad» del castigo de los discursos negacionistas del Holocausto en tanto que expresión de una ideología contraria a los valores del Convenio.....	91
3.2.3.	Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el discurso negacionista.....	93
–	Negacionismo y revisionismo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (estudio de los distintos casos).....	93
–	La «guillotina» del Tribunal contra el negacionismo del Holocausto.....	112
–	Sobrevolando la doctrina del TEDH ante otros discursos incompatibles con los valores democráticos: del «no hay democracia sin pluralismo» a la defensa de la sociedad frente a ideologías contrarias a la Democracia.....	121
–	Recapitulación crítica: la delgada línea entre el principio de libertad y la defensa de la Democracia.....	138

CAPÍTULO 4.- EL DELITO DE NEGACIONISMO EN LAS PRINCIPALES DEMOCRACIAS OCCIDENTALES..... 145

1.	La legislación anti-negacionista en los Estados miembros de la Unión Europea.....	147
1.1.	<i>Estados pioneros en la lucha anti-negacionista: El modelo germánico (Alemania y Austria) y el modelo francés.....</i>	147
1.1.1.	Alemania.....	147
–	La dignidad humana como valor supremo del ordenamiento constitucional alemán y el castigo de las expresiones negacionistas.....	147
–	Los orígenes de la lucha anti-negacionista: primeros tipos penales y su interpretación jurisprudencial.....	148
–	El caso Deckert y la Ley de lucha contra la criminalidad alemana (<i>Verbrechensbekämpfungsgesetz</i>) de 28 de octubre de 1994.....	151
–	La sentencia del Tribunal Constitucional Federal (<i>Bundesverfassungsgericht</i>) de 13 de abril de 1994 y otra jurisprudencia posterior.....	155
–	La legislación anti-negacionista actual.....	159
1.1.2.	Austria.....	160
1.1.3.	Francia.....	164
–	La Ley Gayssot y la incriminación del negacionismo de los crímenes de la II Guerra Mundial.....	164

–	La presunción de ofensividad de los discursos negacionistas.....	167
–	Bien jurídico y el debate acerca de la «memoria» y la «verdad histórica» como objetos de protección.....	170
–	La extensión del castigo a la negación de otros delitos y la decisión del <i>Conseil Constitutionnel</i> nº 2012-647.....	172
1.2.	<i>El anti-negacionismo en los países del Benelux.....</i>	175
1.2.1.	Bélgica.....	175
–	El castigo del negacionismo en Bélgica.....	175
–	La interpretación del delito anti-negacionista por la <i>Cour d'arbitrage</i> (sentencia de 12 de julio de 1996): el elemento tendencial implícito.....	178
1.2.2.	Luxemburgo.....	182
1.2.3.	Países Bajos.....	184
1.3.	<i>El anti-negacionismo en la Europa meridional.....</i>	185
1.3.1.	Portugal.....	185
1.3.2.	Grecia.....	188
1.3.3.	Chipre.....	189
1.3.4.	Malta.....	191
1.4.	<i>La reticente lucha contra el negacionismo en la Europa anglosajona.....</i>	192
1.4.1.	Reino Unido.....	192
1.4.2.	Irlanda.....	194
1.5.	<i>Similares reticencias en la lucha contra el negacionismo en los países nórdicos..</i>	194
1.5.1.	Dinamarca.....	194
1.5.2.	Suecia.....	195
1.5.3.	Finlandia.....	196
1.6.	<i>La Europa del Este en la lucha contra el negacionismo y su particular sensibilidad por los crímenes comunistas.....</i>	197
1.6.1.	Polonia.....	197
1.6.2.	República Checa.....	198
1.6.3.	República Eslovaca.....	200
1.6.4.	Hungría.....	202
1.6.5.	República Eslovena.....	205
1.6.6.	Estonia.....	206
1.6.7.	Letonia.....	206
1.6.8.	Lituania.....	207
1.6.9.	Rumanía.....	210
1.6.10.	Bulgaria.....	212
2.	Otras democracias con vivencias cercanas al Holocausto: Suiza e Israel.....	213
2.1.	<i>Suiza.....</i>	213
2.2.	<i>Israel.....</i>	215
3.	Contraste de modelos constitucionales: la represión del negacionismo en EE.UU. y Canadá.....	216
3.1.	<i>Estados Unidos.....</i>	216
3.2.	<i>Canadá.....</i>	223

3.2.1. Manifestaciones anti-semitas en la escuela: caso Regina v. Keegstra.....	225
3.2.2. Negacionismo y publicación de noticias falsas: el asunto R. v. Zundel.....	229
3.2.3. A modo de conclusión: la ponderación concreta de los distintos elementos en las medidas restrictivas de la libertad de expresión.....	234

SECCIÓN II.- PARTICULAR ESTUDIO DE LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO Y ESPAÑOL

CAPÍTULO 5.- LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO ITALIANO AL NEGACIONISMO.....	237
1. Marco constitucional de los límites penales a la libertad de expresión.....	237
1.1. <i>Reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y sus límites internos...</i>	237
1.2. <i>Breve introducción sobre los límites externos a la libertad: el límite expreso del «buon costume» y otros límites implícitos.....</i>	242
2. Los delitos de opinión y su necesaria consideración como presupuesto de la sanción penal de las conductas negacionistas. Particular referencia a la proyección del orden público como límite a la libertad en el ámbito del Derecho penal.....	249
2.1. <i>El orden público y su «delicada» legitimidad constitucional como fundamento de delitos de opinión.....</i>	250
2.1.1. <i>Notas previas sobre los delitos de instigación y apología en el Código penal italiano.....</i>	251
2.1.2. <i>Cuestiones acerca de la legitimidad constitucional del «orden público» como límite a la libertad de manifestación del pensamiento.....</i>	256
2.1.3. <i>Reflexiones conclusivas sobre la problemática lectura constitucional de la estructura típica de los delitos de opinión contra el orden público.....</i>	263
2.2. <i>Los delitos de opinión en la legislación anti-fascista, contra el genocidio y anti-racista.....</i>	271
2.2.1. <i>Delitos de opinión en la legislación contra el fascismo: una «excepción» que hace regla.....</i>	272
2.2.2. <i>La sanción de la apología del genocidio.....</i>	276
2.2.3. <i>Delitos de opinión y legislación anti-racista: un modelo en expansión.....</i>	279
– <i>Descripción de los concretos delitos de opinión en la legislación anti-racista a la luz de la jurisprudencia de Cassazione.....</i>	279
– <i>Lectura constitucional de las posibles configuraciones de los delitos de opinión contra el racismo: bien jurídico y ofensividad de las conductas.....</i>	290
3. La sanción penal de las conductas negacionistas: preguntas e intentos de respuesta ante la inexistencia de un concreto delito anti-negacionista.....	307
3.1. <i>El castigo de discursos negacionistas dentro del espectro punitivo general.....</i>	307
3.2. <i>Los intentos de incriminar las conductas negacionistas en Italia.....</i>	312
3.2.1. <i>Algunas fallidas propuestas de incriminación del negacionismo.....</i>	312

3.2.2.El «disgno di legge» de la senadora AMATI y sus vicisitudes parlamentarias.....	313
– La proposición de ley presentada por la senadora AMATI <i>et alii</i>	313
– El dictamen de la 1ª Commissione permanente.....	316
CAPÍTULO 6.- LA REPRESIÓN PENAL DEL NEGACIONISMO EN ESPAÑA.....	319
1. Notas introductorias sobre la libertad de expresión y de información y sus límites en la Constitución española.....	319
1.1. <i>Precisiones terminológicas y conceptuales sobre la delimitación y limitación de derechos fundamentales (a modo de excursu introductorio)</i>	322
1.2. <i>Dimensiones y naturaleza de las libertades de expresión y de información</i>	336
1.3. <i>Los valores que fundamentan las libertades de expresión y de información y el rechazo a la democracia militante</i>	341
1.4. <i>Delimitación y limitación de las libertades de expresión y de información a la luz del texto constitucional. Particular referencia a la libertad de investigación histórica (STC 43/2004)</i>	344
1.4.1. La delimitación interna de las libertades de expresión y de información en la Constitución española.....	344
1.4.2. Los límites (externos) a las libertades comunicativas: (matizada) posición personalista de los valores que sustentan las potenciales limitaciones.....	347
1.4.3. Notas sobre la libertad de investigación histórica a la luz de la STC 43/2004.....	353
2. Pluralismo y sanción de las manifestaciones racistas como discursos contrarios a los valores constitucionales (la -parcial- perspectiva constitucionalista).....	356
2.1. <i>El caso Violeta Friedman (STC 214/1991): la sanción del discurso negacionista sólo cuando se identifique como «discurso del odio»</i>	357
2.1.1. Presentación del caso y la delimitación de los bienes en conflicto. El tándem libertad de expresión y libertad ideológica y el honor como bien personalista pero susceptible de ofensa por manifestaciones genéricas contra un colectivo.....	357
2.1.2. La ponderación de los bienes en conflicto: el carácter inane de la mera negación del Holocausto como «hecho histórico» y la licitud constitucional de su revisitación en sentido histórico y moral.....	358
2.1.3. (sigue) La ofensividad de las manifestaciones racistas por entrañar descrédito y menosprecio de un grupo social. Superación del límite de lo «innecesariamente insultante».....	359
2.1.4. (sigue) Más allá de la protección del honor: la lesión de la dignidad humana y el principio de igualdad. Olvido de la libertad ideológica. Resultado final de la ponderación constitucional entre los bienes en conflicto.....	361
2.1.5. Valoración de cierre.....	363

2.2. <i>La sentencia al caso cómic racista (STC 176/1995): la humillación a la base del discurso racista como límite a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto.....</i>	366
2.2.1. Hechos y delimitación de los bienes en conflicto. La libertad de expresión en un ordenamiento abierto y el derecho al honor de un colectivo.....	366
2.2.2. La ponderación de los bienes en conflicto ante un grosero y vejatorio cómic: menosprecio a las víctimas, tutela de la infancia y salvaguarda de la moral pública.....	368
2.2.3. Valoración crítica.....	369
2.3. <i>Conclusiones: la proscripción constitucional del discurso racista en tanto que menospreciante y vejatorio para un grupo social. Honor y dignidad humana como límites.....</i>	372
3. El contexto del delito de negacionismo: los delitos de provocación en la legislación española contra el genocidio y anti-racista (la más concreta visión penalista).....	376
3.1. <i>El castigo de la apología en el Código penal español de 1995.....</i>	376
3.2. <i>Los delitos de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1 Cp.), de difusión de información injuriosa por móviles racistas (art. 510.2 Cp.) y de amenazas colectivas (art. 170 Cp.).....</i>	388
3.2.1. La problemática interpretación del delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1 Cp.).....	388
3.2.2. Los delitos de difusión de informaciones injuriosas por móviles discriminatorios (art. 510 Cp.) y de amenazas contra un sector de la población (art. 170 Cp.).....	396
4. El específico delito contra los discursos negacionistas en la legislación española: art. 607.2 Cp.....	398
4.1. <i>Antecedentes: el delito de negacionismo previo y los trabajos de elaboración.....</i>	398
4.2. <i>Análisis del tipo penal (según su formulación originaria) y su relación con otros delitos afines. Las dudas abiertas.....</i>	401
4.2.1. Descripción del tipo penal. Lectura apegada al tenor literal por un «jurista persa». El déficit del contenido de injusto.....	402
4.2.2. Los intentos doctrinales para lograr una interpretación de <i>lege lata</i> «restrictiva» del precepto.....	409
4.2.3. (sigue) El fundamento de la intervención penal: a la búsqueda de un adecuado contenido ofensivo para el tipo penal. Posición crítica. Relación con otras figuras afines.....	413
4.2.4. Un primer enjuiciamiento constitucional del delito: Excesivo adelantamiento de la barrera penal y deficitaria legitimidad constitucional del bien jurídico fundante de la norma penal como límite a la libertad de expresión.....	420
5. La respuesta del Tribunal Constitucional: STC 235/2007, caso Varela.....	424
5.1. <i>El caso Varela en los órganos de instancia (antes de la sentencia constitucional).....</i>	424
5.2. <i>Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional y sus votos particulares.....</i>	428

5.2.1. España no es una democracia militante pero la libertad de expresión puede tener límites derivados de la efectiva lesión a un bien jurídico constitucional (FJ. 4º).....	429
5.2.2. El «discurso del odio» como límite a la libertad de expresión y la «pretendida» coincidencia («en lo esencial») con la doctrina del TEDH (FJ. 5º).....	431
5.2.3. Indagando el sentido literal del art. 607.2 y el respeto al contenido esencial de la libertad (FJ. 6º).....	434
5.2.4. Explorando la vía interpretativa: principio de conservación de la Ley y la distinción semántica entre negación y justificación (art. 7º).....	436
5.2.5. Buscando un contenido ofensivo adecuado constitucionalmente (FJ. 7º y 8º).....	437
5.2.6. (sigue) El enriquecimiento del tipo penal con el «elemento tendencial» en una arriesgada distinción entre negación (inane) y justificación (ofensiva): «elemento tendencial» frente a «idoneidad objetiva» para la lesión (FJ. 8º y 9º).....	438
– El carácter «inane» de la «negación del genocidio».....	439
– El «elemento tendencial» ínsito en la conducta de «justificación».....	440
5.2.7. La frontera del reproche penal: a) Incitación indirecta al genocidio; b) Provocación mediata que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad; c) Comportamientos despectivos o degradantes (FJ. 9º).....	440
5.2.8. El contenido de injusto del art. 607.2 Cp. como justificación del genocidio; dos en uno: «apología indirecta al genocidio» y «delito de clima» (FJ. 9º).....	441
5.2.9. El fallo.....	443
5.3. Valoración de cierre a la sentencia.....	443
5.3.1. Impecable concepción del ordenamiento constitucional español bajo el paradigma del modelo abierto y rechazo de la democracia militante.....	443
5.3.2. El «deslizante» criterio de la «mera difusión de ideas» para definir el contenido esencial de la libertad.....	445
5.3.3. La limitación de la libertad de expresión ante manifestaciones racistas. Matices con respecto a la pauta del «deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por su condición».....	447
5.3.4. Distanciamiento del Constitucional español con respecto a la doctrina del TEDH.....	448
5.3.5. Matizaciones en la delimitación de la libertad científica.....	449
5.3.6. Precisiones en la definición de las acciones típicas de «negar» y «justificar».....	450
5.3.7. La censurable «manipulación» del art. 607.2 y el débil contenido ofensivo como delito de clima. Insalvable inconstitucional en un adecuado enjuiciamiento constitucional.....	450
5.3.8. El discurso negacionista en el ordenamiento constitucional español.....	461
6. Pero la cuestión sigue abierta: <i>Roma locuta, causa «non» finita</i>	465

6.1. El cierre en instancia del caso Varela y otra jurisprudencia posterior a la sentencia del TC (casos Librería Europa II y Librería Kalki).....	465
6.1.1. El cierre en instancia del caso Varela tras la respuesta del Tribunal Constitucional: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 5 de marzo de 2008.....	465
6.1.2. El caso «Librería Europa II», de nuevo a vueltas con el Sr. VARELA: Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 26 de abril de 2010..	469
– La sentencia del Juzgado Penal de Barcelona al caso Librería Europa II: confusa aplicación de los delitos del art. 607.2 y del art. 510 Cp. como figuras de mera conducta y peligro abstracto y un elemento subjetivo situado en la voluntad de «adoctrinar».....	469
– La sentencia en apelación de la Audiencia Provincial de Barcelona: un abanico de posibilidades interpretativas encima de la mesa. El delito del art. 607.2 Cp. como figura de peligro abstracto fundada en la idoneidad para generar en otros actitudes de hostilidad contra grupos por la difusión (pública) de ideas justificadoras del genocidio.....	472
6.1.3. El caso «Librería Kalki»: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre y sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n. 259/2011, de 12 de abril.....	478
– La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona al caso «Librería Kalki»: el delito de negacionismo como figura de peligro abstracto por la mera difusión de contenidos justificadores del genocidio. La peligrosidad derivada de contenidos vejatorios y de carácter discriminatorio.....	479
– La sentencia del Tribunal Supremo al caso Kalki (n. 259/2011): la efectiva verificación de la peligrosidad de la conducta de difusión de ideas justificadoras del genocidio como incitación (indirecta) al genocidio o a la creación de un clima de hostilidad.....	480
6.1.4. Nota marginal a los autos del Tribunal Constitucional 4/2008, de 9 de enero y del Tribunal Supremo 5948/2008, de 18 de julio.....	486
6.2. Posibles interpretaciones de lege lata del art. 607.2 Cp. a la luz de la jurisprudencia constitucional y ordinaria (recapitulación).....	486
6.2.1. Fundamento político-criminal y bien jurídico: la lucha contra la xenofobia y la protección de la dignidad humana como bien jurídico supraindividual.	487
6.2.2. Contenido ofensivo y dolo del art. 607.2 Cp.....	489
– La delimitación de la «acción típica».....	490
– Peligrosidad e idoneidad lesiva de la conducta.....	492
– La extensión del dolo en el delito de negacionismo.....	496
6.3. Posicionamiento para la reconstrucción del delito del art. 607. Cp. en una lectura de lege lata como figura de peligro hipotético y dolo específico. Insalvable ilegitimidad constitucional del art. 607.2 Cp.....	497
6.4. Balance según las exigencias punitivas derivadas de la Decisión marco 2008/913/JAI.....	500

7. La propuesta de reforma del Código penal. Crítica.....	502
---	-----

PARTE 3ª.- LA PELIGROSA FRONTERA DE LA INCRIMINACIÓN DEL NEGACIONISMO

CAPÍTULO 7.- RECONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE NEGACIONISMO BAJO EL PRISMA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN UN ORDENAMIENTO ABIERTO Y PERSONALISTA.....	515
---	-----

1. La difícil caracterización del discurso negacionista.....	515
1.1. <i>La dañosidad social del discurso negacionista y su caracterización social (recapitulación)</i>	515
1.2. <i>Notas acerca de la imprecisa diferenciación entre «negacionismo simple» y «cualificado». Afinidades y diferencias con el «discurso del odio»</i>	518
2. La justificación previa de la intervención penal: intento de delimitación del contenido de injusto en los discursos negacionistas.....	522
2.1. <i>De la voluntad legislativa al bien jurídico-penal</i>	522
2.1.1. El camino para el progresivo reconocimiento del específico delito de negacionismo desde las primeras legislaciones nacionales hasta la Decision marco europea: la protección de la memoria del Holocausto nazi y la expansión del racismo y la xenofobia como fundamento.....	522
2.1.2. Discurso negacionista y ofensa al bien jurídico-penal. Consideraciones previas sobre la identificación de un bien jurídico común al delito de negacionismo desde una perspectiva comparada.....	525
2.2. <i>Libertades constitucionales en «potencial» ejercicio en el discurso negacionista: colisiones en el ejercicio de las libertades de expresión, ideológica y científica. Propuesta de un bien jurídico-penal compatible con estas libertades</i>	529
2.2.1. Delimitación <i>prima facie</i> de la libertad en el discurso negacionista.....	531
2.2.2. La protección del discurso negacionista en su potencial conflicto con otros bienes o valores constitucionales. Revisión del bien jurídico en consideración a un ordenamiento abierto y personalista.....	536
2.3. <i>Negacionismo, de la concepción como «hechos históricos claramente establecidos» a la supervisión judicial del «método académico»: ¿criterios válidos de distinción entre lo lícito y lo ilícito?</i>	545
3. Revisión crítica de las diversas configuraciones típicas del delito de negacionismo en el marco europeo: propuesta de relectura constitucionalmente orientada.....	549
3.1. <i>El modesto balance de la «armonización» legislativa en la UE</i>	549
3.2. <i>La definición de la conducta típica: acciones típicas, crímenes objeto de negación y otros elementos</i>	552
3.2.1. El (irresoluble) déficit de taxatividad de la amplia gama de acciones típicas en relación con el discurso negacionista.....	552
3.2.2. La «discutible» ampliación de los crímenes objeto de negación.....	555
3.2.3. Otros elementos restrictivos del ámbito punitivo.....	557
– Publicidad.....	557

–	Determinación judicial de los crímenes objeto de negación o aprobación por sentencia judicial firme de un tribunal nacional o internacional.....	558
–	Dirigidas contra grupos de personas o sus miembros definidos en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.....	559
3.3.	<i>La ofensividad de la conducta típica: de la presunción de ofensividad al carácter instigador o insultante. Propuesta crítica.....</i>	560
3.3.1.	La ofensividad «in se» de las conductas negacionistas o la presunción de su peligrosidad.....	561
3.3.2.	Los discursos negacionistas y su carácter provocador (en sentido impropio). Crítica.....	567
–	Rechazo de la formulación como «delito de clima» o perturbador del «orden público» por la peligrosidad (potencial) de la conducta.....	572
–	Preferible tipificación como forma de provocación cuando se genere un peligro «cierto» e «inminente» de comisión de actos de discriminación o violencia delictivos contra un grupo social o sus miembros.....	576
3.3.3.	Déficit de ofensividad en un intento de configuración como delito a «dolo específico». Inaceptable adelanto de la tutela penal.....	581
3.3.4.	<i>Ex malis minor</i> : el delito de negacionismo como delito de ofensa por su carácter vejatorio o insultante para un grupo social o sus miembros. Refuerzo con dolo específico. El modelo portugués.....	582
CAPÍTULO 8.- LA INCRIMINACIÓN DEL NEGACIONISMO, UNA RESPUESTA INADECUADA ANTE UN FENÓMENO EXECRABLE (A MODO DE COLOFÓN).....		587
1.	Dudas y razones acerca de la «(in)-conveniencia» de recurrir a la sanción penal frente al discurso negacionista.....	587
2.	El carácter «simbólico» de la respuesta penal al negacionismo del Holocausto.....	591
3.	Negacionismo y nuevos delitos de opinión en la sociedad del riesgo, «temerosa» y «débil».....	594
4.	La dignidad humana como meta-valor y su deriva anti-liberal constitutiva de un nuevo «orden público ideal».....	601
5.	Hacia la contracción constitucional de las democracias abiertas: particular efecto de la convergencia supranacional.....	605
6.	Reflexión conclusiva: la Democracia, una sociedad sin padre.....	610
CONCLUSIONI.....		615
SINTESI.....		629
1.	Riflessioni introduttive: la protezione della memoria collettiva dell'Olocausto.....	629

2.	Libertà costituzionali in «potenziale» esercizio: la dialettica tra il discorso negazionista e le libertà di espressione, ideologica e scientifica. Alla ricerca di un bene giuridico.....	637
2.1.	<i>Delimitazione prima facie della libertà di espressione dinanzi al discorso negazionista.....</i>	639
2.2.	<i>La protezione attribuibile al discorso negazionista nel conflitto con altri beni o valori costituzionali. Una proposta di bene giuridico nell'ambito di un ordinamento aperto e personalista.....</i>	643
2.3.	<i>Negazionismo, dalla nozione di «fatto storico stabilito» al controllo giudiziale del «metodo scientifico»: criteri validi di distinzione tra lecito e illecito?.....</i>	654
3.	Revisione critica delle differenti manifestazioni del reato di negazionismo nel quadro europeo: una proposta di rilettura costituzionalmente orientata.....	657
3.1.	<i>La Decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sulla lotta a forme e manifestazioni di razzismo e xenofobia nel diritto penale.....</i>	657
3.2.	<i>La definizione della condotta tipica: azione tipiche, crimini di riferimento ed altri elementi.....</i>	659
3.2.1.	Il (non risolvibile) deficit di tassatività dell'ampia gamma di azioni tipiche connesse al discorso negazionista.....	659
3.2.2.	Il «discutibile» ampliamento delle condotte oggetto del delitto di negazionismo.....	662
3.2.3.	Ulteriori elementi restrittivi dell'ambito punitivo.....	664
	– Il carattere pubblico.....	664
	– Determinazione in via giudiziale dei crimini di negazione attraverso le sentenze delle Corti nazionali ed internazionali.....	665
	– Riferimento a gruppi di persone o soggetti ad essi appartenenti, individuati in base a razza, colore, religione, ascendenza od origine nazionale od etnica.....	666
3.3.	<i>L'offensività della condotta tipica: dalla presunzione di offensività al contenuto volto all'istigazione o all'insulto. Una proposta critica.....</i>	666
3.3.1.	Sull'offensività «in sé» delle condotte negazioniste ovvero sulla presunzione della sua pericolosità.....	667
3.3.2.	I discorsi negazionisti e il suo carattere di provocazione (in senso improprio). Una critica.....	673
3.3.3.	Deficit di offensività nella configurazione come delitto a «dolo specifico». Inaccettabile anticipazione della tutela penale.....	682
3.3.4.	<i>Ex malis minor</i> : il reato di negazionismo come delitto di offesa in ragione del carattere vessatorio o di insulto nei confronti di gruppi sociali o di membri ad essi appartenenti. A sostegno di un dolo specifico. Il modello portoghese.....	683

BIBLIOGRAFÍA.....	689
-------------------	-----

– Bibliografía.....	689
---------------------	-----

- Prensa.....	715
➤ Artículos de opinión.....	715
➤ Noticias y reportajes.....	716
- Sentencias y otras resoluciones jurisdiccionales.....	716
➤ Comité de Derechos Humanos de la ONU.....	716
➤ Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	717
➤ Comisión Europea de Derechos Humanos.....	718
➤ Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	719
➤ Tribunal Constitucional.....	719
➤ Tribunal Supremo.....	722
➤ Otra jurisprudencia española.....	722
➤ Corte Costituzionale.....	722
➤ Corte di Cassazione.....	724
➤ Otra jurisprudencia italiana.....	725
➤ Bundesverfassungsgericht.....	725
➤ Conseil Constitutionnel.....	725
➤ Cour constitutionnelle belge.....	725
➤ Corte Suprema de los Países Bajos.....	725
➤ Corte Constitucional húngara.....	725
➤ Supreme Court. EE.UU.....	726
➤ Supreme Court. canadiense.....	726
- Informes, recomendaciones, propuestas y dictámenes.....	727
- Páginas web.....	729
- Abreviaturas.....	730

PRESENTACIÓN

¿Por qué un estudio sobre la lucha del Derecho contra el «negacionismo»?

«[L]a libertà è come l'equilibrio atomico: basta che sia infranta in una persona, cioè in un atomo della società, perchè da questa frattura infinitesima si sprigiona e si diffonde una forza distruttiva capace di sovvertire il mondo»

Piero CALAMANDREI, «L'avvenire dei diritti di libertà»¹

«Yo señores no solo no soy comunista, sino que rechazo firmemente su ideología como la rechazan los demás miembros del gabinete que presido. Pero si soy demócrata, y sinceramente demócrata. Por ello pienso que nuestro pueblo es suficientemente maduro y lo demuestra a diario como para asimilar su propio pluralismo»

Adolfo SUÁREZ, «Discurso de legalización del partido comunista español», 9 de abril de 1977²

En la sociedad europea crece la preocupación por el retorno de tendencias fascistas y neonazis y por la extensión de ideologías xenófobas y antisemitas³, algunas de ellas alimentadas a partir de tesis negacionistas de aquellos trágicos eventos de nuestra historia reciente. En concreto frente a estos últimos movimientos se ha generado una respuesta «anti-negacionista» social, académica e institucional. Hasta el punto de que la lucha político-jurídica contra el negacionismo ha llevado no sólo a la aprobación de resoluciones conmemorativas y leyes de memoria que recuerdan el Holocausto nazi, sino también a la incorporación en los ordenamientos jurídicos europeos de tipos penales específicos que vienen a incriminar conductas que suponen un mero discurso –sin

¹ En F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia editrice, Florencia, 1975 (reimpresión de la edición publicada en 1946 por Orientamenti), p. XLVI.

² Un extracto de este discurso se puede ver en el documental «La legalización en 1977 del PCE por Adolfo Suárez» de TVE, accesible en: <http://www.rtve.es/alacarta/videos/fue-noticia-en-el-archivo-de-rtve/legalizacion-1977-del-pce-adolfo-suarez/705680/>

³ A este respecto, entre otros, *vid.* R. RODRÍGUEZ PRIETO, «Uniidentitario vs. Pluriidentitario. El resurgimiento del antisemitismo en el siglo XXI», en J. CRUZ DÍAZ y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª Ed., Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 149-172 o M. A. SIMÓN (ed.), *La extrema derecha en Europa desde 1945 a nuestros días*, Tecnos, Madrid, 2007. Recientemente son muchas otras las señales que advierten del crecimiento de movimientos extremistas en Europa, donde Grecia y el auge del partido «Amanecer dorado» constituyen el más notable ejemplo. Sirva como referencia el reportaje de *El País*, «El fantasma del racismo recorre otra vez Europa», publicado el 15 de diciembre de 2013, accesible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/13/actualidad/1386957538_177854.html

lugar a dudas execrable-: negar, banalizar o justificar el Holocausto u otros genocidios o graves crímenes contra la humanidad. Esta legislación, que encuentra su mayor expresión en la Decisión marco 2008/913/JAI, bebe de una doble *ratio*: en primer lugar, se enmarca en la más general legislación contra el «discurso del odio» (*hate speech*)⁴ que pretende *afirmar*⁵, a través de la sanción penal, el valor de la igual dignidad humana frente a manifestaciones de intolerancia racial, xenófoba o por otros motivos discriminatorios; pero, por otro lado, la legislación frente al discurso negacionista se «cortocircuita»⁶ con otra tendencia actual a dar protección jurídica a la memoria, produciendo así tensiones en el punto de encuentro entre Derecho y memoria histórica, en un espacio tan sensible para la sociedad europea como fue el Holocausto nazi. Para muchos –entre los que me incluyo-, por más que resulte odioso este tipo de discurso, la sanción penal del mismo presenta dudas en cuanto a su adecuación con un sistema de libertades erigido sobre el pilar del pluralismo propio de Estados democráticos y da pie a que nos cuestionemos si pueden estar surgiendo «nuevos» delitos de opinión⁷. A ello se dedica entonces el presente estudio.

El *objetivo concreto de este trabajo* será analizar esta política-criminal para proponer una configuración del delito de negacionismo compatible con la libertad de expresión, conforme a las exigencias derivadas del Derecho penal constitucional y a la más adecuada técnica legislativa. Este objetivo se espera alcanzar siguiendo un *triple eje de estudio de índole constitucional-penal*: en primer lugar, desde una perspectiva estrictamente constitucional, se pretende indagar en qué medida este

⁴ Muy en particular, los delitos anti-negacionistas mantienen afinidades con otros tipos penales dentro del marco de la lucha penal contra el racismo y la xenofobia, y en concreto en el ámbito del «discurso del odio» o «*hate speech*», como por ejemplo el delito de instigación al odio, a la violencia o a la discriminación racial o el de difusión de ideas racistas o de ideologías basadas en la superioridad racial, pero también con otras figuras penales fuera de este marco como es el delito de apología del genocidio o de otros crímenes contra la humanidad.

⁵ Uso el término «afirmar», en puesto del de «proteger», por el carácter más puramente simbólico de esta legislación, como se justificará a lo largo de este trabajo.

⁶ La expresión es de E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milán, 2012, p. 145.

⁷ Tomo aquí la diferenciación conceptual-formal dada por F. MANTOVANI para definir los «delitos de opinión»: «Da tutti gli altri tipi di reati si differenziano, infatti, perchè non consistono in un *facere* o in un *non facere*, bensì semplicemente in un *dicere*: in una manifestazione di un pensiero, di una opinione» («I reati di opinione», en ÍD, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, p. 164). Así entendida, se trata de una categoría de delitos que presenta unas particularidades derivadas de castigar conductas que suponen la manifestación de un pensamiento o idea (o la difusión de una información), especialmente por su conflicto con el reconocimiento de la libertad de expresión. Siguiendo a este mismo autor se pueden distinguir a este respecto las siguientes categorías de delitos de opinión: a) Delitos ofensivos de bienes como el honor de las personas o el prestigio de instituciones; b) Delitos de apología y de propaganda; c) Delitos de instigación; d) Delitos de publicación o difusión de noticias falsas, exageradas o tendenciosas (*ibidem*, pp. 164 y ss.).

tipo de discurso puede quedar protegido constitucionalmente, con particular atención a las peculiaridades propias de los ordenamientos «abiertos»⁸ y «personalistas»⁹ como el español y el italiano¹⁰. En este punto destaca la averiguación de aquellos bienes jurídicos que pueden verse lesionados por los discursos negacionistas y que, consecuentemente, podrían justificar la restricción al ejercicio de la libertad. En un segundo nivel de análisis se afrontará la

⁸ A los efectos de este trabajo, al referir el carácter «abierto» de un ordenamiento me valgo de la distinción que en su día realizaran en la doctrina italiana autores como P. NUVOLONE y F. MANTOVANI. P. NUVOLONE 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» («Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva lógica dell'ordinamento», *Legge Penale e Libertà del pensiero*, III Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, p. 353). En sentido similar, centrado en la «clausola política» (aperta o chiusa) del ordenamiento, véase la distinción entre «libertà aperta», «ristretta» o «chiusa» de F. MANTOVANI, 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» («Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXV, fasc. 1-2, 1968, cit. en p. 363. También publicado en *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, Padua, 2008, pp. 119-143). En forma análoga, *vid. Id.*, «Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti cirminosi», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXIV, fasc. 1-2, 1968, pp. 71 y ss. También publicado en *Umanità e razionalità del Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2008, pp. 67-107.

⁹ Parafraseando a F. MANTOVANI, extraordinario exponente de la lectura personalista del Derecho penal, la «concezione personalistica», frente a visiones totalitaristas o utilitaristas, representa al «uomo come “valore”» en sí mismo considerado (*Diritto Penale. Parte generale*, 5ª ed., CEDAM, Padua, 2007, p. VI). «Se parte de la comprensión del hombre como “medida de todo el Derecho”» (A. OEHLING DE LOS REYES, «El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental», *REDC*, n. 91, enero-abril 2011, p. 138). El principio personalista, en tanto que principio fundamental rector del orden constitucional, supone que «esiste una sfera della personalità fisica e morale di ogni uomo che non può essere lesa da alcuno», tal y como vendría formulado por la Constitución italiana en su artículo 2 (A. BARBERA Y C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, 7ª ed., Il Mulino, Bologna, 2001, p. 126). En esta línea, al referirme en este trabajo a ordenamientos de tipo personalista, entiendo por tales aquellos que sitúan el reconocimiento de la persona, sus derechos inherentes y libertades fundamentales, como núcleo irreductible y, sobre todo, no susceptible de «funcionalización» [funzionalizzazione] en pro de otros valores sociales o culturales, religiosos o políticos. Esta cuestión será analizada con más detalle *infra*, Cap. 5, epígrafe 1. En general, para una definición del «personalismo» como movimiento filosófico-político, *cfr.* N. BOBBIO, N. MATTEUCCI Y G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Utet, Turín, 2008, pp. 698 y ss.

¹⁰ Esta advertencia es particularmente importante ya que, como indica F. MANTOVANI, «la risposta al problema della legittimità dei reati di opinione viene a dipendere dai diversi modi in cui la libertà di manifestazione viene concepita. E in radice, come viene autorevolmente insegnato: dai diversi tipi di ordinamenti statuali in cui tali enunciazioni si trovano ad operare» («I reati di opinione», *op. cit.*, p. 165).

problemática construcción de un tipo penal que específicamente incrimine los discursos negacionistas. Esta crítica se articulará sobre la base de principios de matriz penalista (particularmente el principio de ofensividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos constitucionales), pero que de manera más o menos mediata encuentran un encaje constitucional que permite afirmar así su virtualidad garantista como límites al ejercicio del *ius puniendi*, y no sólo como meras recomendaciones de adecuada técnica legislativa. En última instancia, alejándose ya del Derecho positivo, se pretende también afrontar una crítica más general a la razón (o razones) últimas que mueven esta legislación. Se trata, en este caso, de una reflexión que abunda sobre la «oportunidad» y «conveniencia» de la incorporación de este tipo delictivo, a diferencia de los dos niveles de enjuiciamiento anteriores que permiten, desde un punto de vista técnico-jurídico, valorar la constitucionalidad y la adecuada construcción normativa.

En cuanto a la *metología* y a la *estructura del trabajo*, en la medida que se pretende estudiar una propuesta político-criminal muy concreta, recogida además en una Decisión marco europea para «armonizar» la legislación de los distintos Estados miembros, se seguirá entonces un proceso de análisis inductivo que nos lleve desde el estudio de las experiencias particulares hasta extraer unas conclusiones generales sobre las posibles configuraciones del delito que castiga el discurso negacionista, incorporando los fundamentos dogmáticos a lo largo del mismo. No hay que olvidar que Europa se encuentra «unida en la diversidad», y, por tanto, hay que partir de la «diversidad» para «inducir» los elementos que permiten dar «unión». Un proceso no siempre posible y que, como se verá en el estudio de este concreto tipo penal, puede resultar inconveniente cuando las sensibilidades sobre el fenómeno y los marcos constitucionales son tan distintos.

A estos efectos el estudio se ha estructurado en tres bloques: en el primero, «*La protección de la memoria ante el fenómeno negacionista*», a modo introductorio se presentará el Holocausto como trágico «mito» frente al que se funda la sociedad europea y se analizará entonces desde una perspectiva general cómo la sociedad puede superar este género de pasados traumáticos, poniendo en relación la Historia, la memoria y el Derecho; y, en un segundo capítulo, se pasará a identificar el fenómeno negacionista y sus respuestas. En el segundo bloque, dedicado a «*La lucha del Derecho contra el negacionismo*», se acometerá en la primera sección un estudio comparado de las medidas penales contra el negacionismo en el marco internacional y, sobre todo, en el seno de la Unión Europea se estudiará la Decisión marco 2008/913/JAI que «impone» la sanción de este género de discursos. Asimismo, se abordará la jurisprudencia de los organismos internacionales que han resuelto casos de sanciones a negacionistas y su conformidad con las correspondientes cartas de derechos humanos, con especial atención a la

jurisprudencia del TEDH. De ello se pasará entonces a una prolija revisión de la legislación de los países, particularmente de los Estados miembros de la Unión Europea, con el objeto de constatar de manera concreta la forma cómo los países han respondido a este fenómeno y las problemáticas que se le han presentado. En la segunda sección se realizará un particular estudio de los ordenamientos español e italiano, en los que se entrará a analizar el modelo constitucional propio de estos países, aprovechando para introducir las bases dogmáticas sobre los delitos de opinión, y a valorar entonces la respuesta punitiva por la que han optado en relación con el negacionismo: en el caso español, con la específica fijación de un delito –ahora en trámites de reforma tras la anulación parcial por el Tribunal Constitucional–; y por parte de Italia, que de momento sigue entre aquellos países que no han tipificado específicamente este tipo de discursos, aunque actualmente se encuentra en avanzado debate parlamentario una propuesta para la incorporación de este delito. En el tercer bloque, «*La peligrosa frontera de la incriminación del negacionismo*», se tratará de reconstruir el delito de negacionismo bajo el prisma de los principios constitucionales en un ordenamiento abierto y personalista, buscando en la medida de lo posible una respuesta común y coherente al menos en Europa –ya que así lo ha pretendido el legislador europeo–; y, en último lugar, a modo de conclusión, se expondrá una severa crítica a la política-criminal que reclama la incriminación del negacionismo, con lo que se pretende justificar el haber denominado «peligrosa» a esta frontera.

Se trata, además, de un trabajo que espera responder a su condición de *doctorado «europeo» en «cotutela internacional»* y de carácter multidisciplinar dentro del propio estudio jurídico. Condicionantes éstos que se proyectan en dos grandes *ejes de coordenadas* que se tratan de conjugar en el trabajo con no pocas dificultades. De un lado, se combina la doble perspectiva penal y constitucional que, aunque sean partes de un mismo todo, en realidad mantienen unos principios y tienen enfoques en ocasiones muy diferentes. Sin embargo, contar con esta doble visión creo que enriquece el enjuiciamiento crítico porque, a la postre, de lo que se trata es de valorar la constitucionalidad de un tipo penal, que además es un «delito de opinión», por lo que no pueden desconocerse ni los principios propios de la dogmática penal, pero tampoco se puede descuidar la dogmática constitucional¹¹.

¹¹ Quisiera destacar en particular cómo en el estudio de esta tesis me he encontrado con una serie de problemas que afectan a la dogmática profunda de la delimitación y limitación de los derechos fundamentales en relación con la dogmática penal y la lectura constitucionalizada de esta rama del Derecho (siguiendo especialmente a la escuela boloñesa de F. BRICOLA –*cf.* íd., «Teoria Generale del Reato», en F. BRICOLA, *Scritti di Diritto Penale*, Vol. I, T. I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 540-808). Cuestiones que terminan proyectándose en el juicio de constitucionalidad y en los límites de los tribunales constitucionales en el control del legislador en una materia tan sensible como el Derecho penal. Sobre todo ello me he ido forjando un criterio crítico que late a lo largo de este

Por otro lado, el segundo eje se sitúa en el estudio comparado entre Italia y España; un estudio que va más allá de la mera contraposición de legislaciones y que trata de entrar en la esencia de cada uno de los modelos constitucionales, como se puede comprobar en el extenso manejo de bibliografía de ambos países. En este sentido, creo que resulta particularmente interesante el análisis conjunto de estos ordenamientos ya que cuentan con una similar lógica constitucional. Tal estudio comparado es especialmente pertinente gracias a esa comunión de «espíritus» constitucionales, y en tal sentido entiendo que se yerra cuando en ocasiones tratamos de buscar respuestas estudiando ordenamientos que parten de una filosofía o que mantienen una lógica propia, diferente de la que funda nuestro modelo constitucional (cuestión distinta es que decidamos que queremos cambiar el sentido profundo de la nuestra). De manera que este estudio juega en ese doble frente, constitucional-penal, italiano-español; un auténtico reto, por lo que de antemano reconozco las dificultades con las que me he encontrado para profundizar en aquellos ámbitos en los que soy forastero (el penal y el italiano¹²), y también en aquellos en los que me siento nativo (el constitucional y el español), rogando en todo caso comprensión y sana crítica. Aunque el objeto de estudio es muy concreto, sus derivaciones son muchas y complejas, lo que en ocasiones ha exigido que se tenga que recortar la posibilidad de profundizar en ciertas temáticas conexas, más aún cuando el manejo bibliográfico, como se acaba de

trabajo, en el que afloran preguntas del género: ¿cómo relacionar los principios penales y en particular la teoría del bien jurídico y el principio de ofensividad con la teoría constitucional de la limitación de los derechos fundamentales? ¿Hasta dónde pueden llegar los tribunales constitucionales en el control abstracto de la limitación realizada por el legislador al fijar un tipo penal? ¿Sobre qué bases opera la «limitación» a un «derecho fundamental» y qué virtualidad tienen los «límites de los límites»? ¿Se puede dar un «contenido material» a esos «límites de los límites» - en particular al juicio de proporcionalidad- integrándolos con los principios rectores del Derecho penal constitucional? Hubiera sido imposible tratar de dar una respuesta a estas preguntas en el trabajo, por otro lado intensamente discutidas en doctrina, si bien traslucirán en la orientación que seguirá el estudio, en el que asumiré que, como *previo lógico* a la intervención del legislador penal, ésta se ha de justificar en la ofensa a un bien jurídico de relevancia constitucional, lo que exige delimitar y pesar los valores en colisión (entre los cuales la libertad de expresión –en el caso de los delitos de opinión-) y la ofensividad de la conducta abstractamente reprochada, ello a través de una operación lógica de ponderación (abstracta) constitucionalmente orientada, hasta cierto punto revisable por los tribunales constitucionales. Sobre estas cuestiones se volverá especialmente *infra* Cap. 6, epígrafe 1.1 y sobre esta base se estructura el Cap. 7.

¹² Sea reconocido aquí que, a pesar de haber comenzado este trabajo como «extraño» al Derecho italiano, al final precisamente éste es el que me ha dado una base más fuerte de estudio para sostener mi tesis. Ciertamente es, por un lado, que el decurso de mi investigación ha llevado a que haya desarrollado la mayor parte de mi doctorado en Italia, pero, sobre todo, ocurre que sobre la problemática de los «delitos de opinión» la doctrina italiana se ha empeñado particularmente para exigir la depuración de este género de delitos, en buena medida debido al mantenimiento de un Código penal de matriz fascista contrastante con el espíritu de su Constitución y a su mayor experiencia constitucional, como se tendrá la oportunidad de estudiar *infra* Cap. 5.

señalar, es siempre doble. A su vez, la composición de este estudio se ha enfrentado al problema sobrevenido derivado de la actualidad del tema objeto de análisis; y es que, como se ha indicado, tanto el legislador español como el italiano desde hace unos meses han dado pie a procesos de reforma e inclusión del correspondiente delito de negacionismo. Asimismo, recientemente la Comisión Europea ha hecho público su informe sobre la implementación de la Decisión marco 2008/913/JAI¹³ y el TEDH ha resuelto un caso amparando por el castigo de un discurso negacionista en Suiza¹⁴. A nivel formal, el hecho de tratarse de una tesis europea hace que tanto el español como el italiano sean asumidos como lenguas propias en el trabajo, por lo que no se traducen ni se marcan como expresiones en lengua extranjera las citas en italiano. Sí que se traducen las citas en inglés y en francés, aunque recogiendo la cita original. Las conclusiones y una síntesis del trabajo se han realizado también en italiano, como exige la normativa para la obtención de la mención europea al título. A lo largo del trabajo se encuentran algunas partes con una extensa componente analítica, expresión de un metódico y escalonado proceso de estudio, sin perjuicio de lo que sería la orientación dirigida a los núcleos problemáticos por la que pudiera optarse para una eventual publicación de este trabajo.

Por último, en cuanto a la *tesis* que se pretende *defender*, ante la propuesta europea de incriminar el discurso negacionista y vista la amplitud de posibles configuraciones típicas que se presentan, en el presente trabajo se pretende justificar las siguientes posiciones, siguiendo las líneas de estudio ya indicadas: primero, *constatar que en ordenamientos constitucionales de índole abierta y personalista*, como el español o el italiano –no será el caso del ordenamiento alemán o del marco definido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos-, *el discurso negacionista quedará prima facie protegido por las libertades de expresión y de información*. Ello sin perjuicio de que su tutela no sea absoluta, sino que pueda ser proscrito de protección constitucional en aquellos casos en los que se estime que este discurso resulta lesivo para un bien de relevancia constitucional. Ahora bien, no cualquier bien constitucional puede justificar un límite al ejercicio de esta libertad, y en tal sentido *se tratará de poner de manifiesto que los bienes jurídicos supraindividuales* de naturaleza ideal o difícilmente aprehensibles en sentido

¹³ COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council*, «on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JAI on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law», 27.1.2014, COM(2014) 27 final. Este informe ha sido aprobado en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10.2 la Decisión marco 2008/913/JAI, aunque con dos meses de retraso ya que la fecha máxima para su aprobación era el 28 de noviembre de 2013. Es por ello que su contenido sólo ha podido ser considerado de manera muy marginal para actualizar este trabajo.

¹⁴ STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza.

material (desde el orden público a la dignidad humana -entendida en una dimensión colectiva-) *no pueden fundar legítimamente un límite a las libertades de expresión* y de información en este modelo constitucional, como en ocasiones se ha pretendido al configurar el delito de negacionismo. Así, se analizarán las problemáticas de índole constitucional y de adecuada técnica legislativa que plantea configurar este delito, según las formas típicas adoptadas los diferentes países. A este respecto, se comprobará que la mayoría de los países que optan por castigar estas conductas lo hacen atendiendo a la eficacia provocadora de la misma y configuran delitos cuya forma ofensiva se basa en un juicio de peligro para la lesión¹⁵ de bienes etéreos como la paz pública o el orden público o, incluso, la

¹⁵ Siguiendo la definición ofrecida por S. CANESTRARI: «il pericolo può essere definito come quella relazione tra una entità cronologicamente precedente –la quale può consistere indifferentemente in un’azione in senso tecnico o in un evento o in un oggetto materiale della condotta, o perfino in un soggetto –ed un’entità successiva lesiva, tale da lasciare prevedere come probabile la verificazione di un danno a beni socialmente rilevanti» («Reato di pericolo», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 2). Este autor advierte que la mayoría de la doctrina italiana optan por un concepto de peligro como «situazione-evento», de forma que se identificaría entonces con una situación de hecho (externa a la mera conducta). De manera más sintética en cuanto a la esencia del juicio de peligro puede servir la definición dada por F. MANTOVANI, abandonando la concepción del «pericolo-evento», y manteniendo una moderna concepción del «pericolo-giudizio» como «relazione probabile tra un fatto e un evento dannoso» de manera que «[p]uò parlarsi di pericolo quando, secondo un giudizio *ex ante* e secondo la migliore scienza ed esperienza, appare probabile che dalla condotta consegua l’evento lesivo. Il pericolo è, perciò, la probabilità del verificarsi (la «causabilità») dell’evento di danno» (*Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 203). Pudiendo distinguirse entonces entre el momento del juicio (*ex ante*), la base del juicio (donde parece imponerse la «base totale *ex ante*»), el metro del juicio (la probabilidad del resultado determinada según la mejor ciencia), y el grado necesario de probabilidad.

En este trabajo, he querido llamar «resultado lesivo temido» a ese probable resultado que verificaría la ofensa al bien jurídico protegido por la norma penal en cuestión. Este «resultado lesivo temido» es distinto, por tanto, del «resultado de peligro» en los delitos de peligro concreto (en la medida que éstos se entiendan como delitos de resultado –por ejemplo, F. MANTOVANI caracteriza este tipo de delitos como aquellos en los que «il pericolo per il bene deve effettivamente esistere, costituendo esso elemento tipico “espresso” e dovendosi perciò accertarne in ciascun caso la concreta esistenza [...]: cosa possibile in quanto trattasi di tipi di fattispecie che consentono, già al momento del fatto, di controllare la sussistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell’evento lesivo» (*Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 205)-).

Para unas nociones generales sobre el peligro, además de los estudios referidos, me remito a algunos textos que han servido para este estudio aunque sin ánimo exhaustivo: F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 15ª ed., Giuffrè, Milán, 2000, p. 231; J. Mª, TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», 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. 787-815; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 103 y ss.; I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en G. QUINTERO OLIVARES Y F. MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor*

dignidad humana en sentido supraindividual. Lo cual se funda normalmente en juicios previos acerca de la peligrosidad social de los discursos negacionistas, a través de delitos de peligro abstracto o presunto¹⁶, o, en otras ocasiones, llevando la peligrosidad a una genérica idoneidad *ex ante* de la acción, según formas de peligrosidad que han venido calificadas como peligro «hipotético» o «potencial» o de «aptitud»¹⁷. En cualquier caso, un modelo de construcción del delito de

José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 685-722; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 267 y 318 y ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal (Parte General)*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 130-131.

¹⁶ Los delitos de peligro abstracto y presunto se caracterizan porque el reproche penal se fundamenta en un juicio de peligrosidad que ha sido valorado *ex ante* por el legislador de manera que, de verificarse la conducta, es razonable afirmar que exista una probabilidad de daño para el bien jurídico. El peligro es así «un mero motivo, la “ratio” de creación del delito, no el resultado típico, luego la producción del peligro no es un elemento del tipo del injusto» (I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo...», *op. cit.*, p. 688). Siguiendo a F. MANTOVANI se puede distinguir entre delitos de peligro abstracto y de peligro presunto de la siguiente forma: Son delitos de peligro abstracto aquellos «nei quali il pericolo non è requisito tipico, ma è dato dalla legge come insito nella stessa condotta, perché ritenuta pericolosa, ed il giudice si limita a riscontrare la conformità di essa al tipo legale. [...] precludono la possibilità, *ex ante* e, talora anche *ex post*, di controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell'evento lesivo» (*Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 205). Y son entonces delitos de peligro presunto, aquellos «nei quali il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto *iuris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza» (*ibidem*, p. 206). No obstante, en la medida que doctrina y jurisprudencia suelen manejar ambas categorías indistintamente, salvo que específicamente se justifique, en este estudio se dará un uso genérico a la categoría del delito de peligro abstracto o presunto o de peligro abstracto-presunto sin precisar si cabe o no controlar la existencia de las condiciones para verificarse el resultado lesivo más allá de la conducta. Sí que se distinguirá cuando se permita romper la presunción de peligrosidad. A este respecto, un importante sector doctrinal mantiene que debe ser posible excluir la peligrosidad si se demostrara que conforme a un juicio *ex ante* fuera imposible que hubiera tenido lugar el daño a pesar de la realización de la conducta típica (en este sentido, *vid.*, por ejemplo, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», *op. cit.*, p. 798).

¹⁷ Los delitos de «peligro hipotético, peligro potencial o de aptitud» son aquellos en los que «no se requiere probar que la conducta ha supuesto un peligro concreto para el bien, pero sí que posee idoneidad lesiva, esto es, que podría poner en peligro concreto el bien jurídico» (C. M. LANDECHO VELASCO Y C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 255). Esta forma de entender el juicio de peligrosidad en ocasiones se ha propuesto para superar, no siempre de forma aceptable, el déficit de ofensividad de los delitos de peligro abstracto o presunto. Así, se ha postulado «la sustitución en lo posible de los delitos de peligro abstracto por los que Frisch denomina delitos de aptitud ("Eignungsdelikte") –que requieren la aptitud "ex ante" de la conducta para producir el resultado-, próxima a las abundantes propuestas de transformación de los mismos –o de parte de ellos- en los denominados delitos de peligro abstracto-concreto, hipotético o potencial, que exigen la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico» (I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo...», *op. cit.*, p. 697). Según F. MANTOVANI generalmente se rechaza precisamente esta «rara categoría intermedia, formulada dalla dottrina tedesca, dei reati di pericolo concreto-abstracto o di pericolo generico: concreto perché

negacionismo que, como será estudiado, se acerca al género de los conocidos como «delitos de clima»¹⁸. Frente a este modelo, *se afirmará la más conveniente opción de fundar el contenido de injusto del discurso negacionista en su carácter insultante o vejatorio*, exigiéndose en cualquier caso una verificación en concreto de tal cualificación ofensiva de la específica manifestación que se enjuicie. De manera que, ante un legislador «tozudo» en su voluntad de incriminar estas conductas, se prefiere configurar un delito en tutela del honor y la dignidad humana en sentido individual. Se planteará también la posibilidad de enriquecer el reproche a través de la exigencia de un «dolo específico»¹⁹ que, más allá del *animus iniuriandi*, se extendiera a la voluntad de provocar ese clima de hostilidad; algo que justificaría así el mayor grado de pena que se suele imponer a este tipo de delitos y permitiría acercar esta modalidad delictiva a la familia de los delitos de odio²⁰. En cualquier

requisito tipico e astratto perchè la base dell'accertamento è delimitata *ex lege*» (*Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 207).

¹⁸ Por «delitos de clima» se entiende de manera genérica aquellas figuras típicas que están orientadas a proteger un clima de paz o tranquilidad pública. Particularmente en los delitos de apología o de ensalzamiento del delito, configurados como delitos de clima, se trata de prevenir la creación de un «clima psíquico» adecuado a que proliferen conductas de hostilidad, violencia, etc. A este respecto, conviene conocer la lectura crítica de G. JAKOBS a este tipo de delitos y la particular definición que ofrece de los mismos (*cfr.* «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», *ÍD.*, *Estudios de Derecho Penal*, UAM/Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324). En concreto, este autor plantea la posibilidad de anticipar la lesión de un bien jurídico desde la perspectiva de un fraccionamiento del bien jurídico: «En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales» (*ibidem*, p. 314). De manera que para G. JAKOBS, mientras que puede estar justificado el castigo de las conductas que por su fuerza amenazante o intimidatoria, en definitiva por su efecto coactivo, produzcan una «perturbación de la paz jurídica esto es, con el menoscabo de la vigencia de la norma desde la perspectiva del afectado» (*ibidem*, p. 316); no será admisible cuando se pretenda centra el injusto en «la protección de un “clima” o de bienes análogamente nebulosos» (*ibidem*, p. 315). Así las cosas, siguiendo a este autor, delitos de clima serían aquellos cuyo injusto se funda en la creación de «un “clima” espiritual en el que podría proliferar la realización de hechos consecutivos y éstos, es decir, las infracciones de las normas principales, producirían entonces privaciones coactivas de derechos» (*ibidem*, p. 319). Tales delitos supondrían para G. JAKOBS un «sacrificio especial» del derecho de todo ciudadano el cual sólo podría justificarse en tiempos de «crisis de legitimación» y con un periodo de vigencia «estrictamente limitado» (*ibidem*, p. 321). Lo contrario nos llevaría, siempre según este autor, al abandono del Derecho penal de libertades para acercarnos a un Derecho penal de enemigos (*ibidem*, p. 322).

¹⁹ Se define como «dolo específico» aquel dolo «proprio di particolari figure criminose e che si ha quando la stessa *legge* esige, oltre alla coscienza e volonta del fatto materiale, che il soggetto agisca per un fine particolare, che è appunto previsto come elemento soggettivo costitutivo della fattispecie legale, ma che sta oltre il fatto materiale tipico, onde il conseguimento di tale fine non è necessario per la consumazione del reato» (F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 316).

²⁰ Sobre las características de los delitos contra la discriminación, especialmente *vid.* E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*,

caso, como posición última, se pretende justificar por qué nuestras democracias no deben caer en este género de medidas paternalistas, con fines esencialmente simbólicos, cuando ya existe todo un arsenal punitivo que permite reprochar aquellas expresiones ofensivas; una peligrosa tendencia hacia un «Derecho penal simbólico» en una sociedad débil y temerosa que no confía en la madurez de sus ciudadanos. Se tratará así de lanzar una «salva» a favor de la democracia abierta, frente a las tendencias actuales que llaman a «cerrar» o «proteger» nuestras sociedades. Un intento que reconozco que en buena medida puede resultar «contra-intuitivo»²¹, sobre todo en los tiempos que corren, ya que lleva a dar libertad a los enemigos de la libertad; tolerancia jurídica, porque confío que son muchas otras las formas de combatir socialmente un execrable discurso.

De ahí creo que emana también la *oportunidad de este trabajo*: afirmar las garantías constitucionales, y en particular las penales, los «logros» de un Derecho penal constitucional, en un momento de crisis de legitimidad del sistema. Hay miedo, se despiertan odios y viejos rencores en un contexto de crisis económica que ha destapado nuevas formas de opresión económica²². Europa, esa Venus acosada por el «muy machista Marte, y el tosco Vulcano»²³, vive en los albores del

Comares, Granada, 1999, en particular pp. 288 y ss.; y J. M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal. (A la vez propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2001.

²¹ Como expresa VIVES ANTÓN: «lo que se pone de manifiesto en esa manera de percibir el Estado es, sencillamente, que la seguridad material, la paz pública, el bienestar y, en general, las libertades civiles son bienes primarios que satisfacen necesidades obvias y tangibles, que todo el mundo aprecia a primera vista, mientras que las libertades constitucionales representan un refinamiento cultural menos accesible a la mayoría, que sólo en situaciones muy críticas llega a apreciar en todo su valor. Es más: las libertades constitucionales, en la medida en que limitan el poder punitivo (el poder de castigar a los agentes del “mal”) son contrainstintivas y llegan a ser impopulares. Su comprensión necesita un importante esfuerzo reflexivo que no es fácil impulsar eficazmente» (*Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 678).

²² Aunque sea en una modesta nota quisiera recordar también las palabras de P. CALAMANDREI, quien, más allá de su preocupación por la democracia política o liberal, auspiciaba una «democrazia sociale», «un ordinamento costituzionale in cui la partecipazione attiva di tutti i cittadini alla vita politica della comunità sia garantita non soltanto dalle tradizionali libertà politiche [...] ma altresì dai nuovi diritti sociali, in forza dei quali è data ugualmente ad ogni cittadino la possibilità economica di valersi in maniera effettiva delle libertà politiche» («L'avvenire dei diritti di libertà», *op. cit.*, p. XLIV). Unos derechos sociales proclamados para «salvaguardarla [la libertad del ciudadano] dalla oppressione economica» (cita en p. XXXVI) frente a la tiranía efectiva de ciertas fuerzas sociales predominantes. ¿Quedarán este espíritu en letra muerta vistas las políticas adoptadas para afrontar la actual crisis económica?

²³ La cita la extraigo del manuscrito que me facilitó el profesor Massimo LA TORRE pero que posteriormente ha sido publicado como: «Europa –raíces, identidad y misión», *Sociologia del diritto: Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*, n. 3, 2010, pp. 57-72.

siglo XXI una profunda crisis de identidad. Aquella Europa que otrora fuera considerada la cuna del humanismo, del espíritu crítico, de la idea de autonomía y libertad, se levanta hoy respirando un fuerte olor a azufre, vive con miedo. Es cierto que la dignidad humana es la idea basilar de la civilización europea y es a su protección a lo que va encaminada, al menos en su finalidad, la legislación que aquí se critica. Sin embargo, por mi parte creo que la idea humanista de dignidad de la persona es muy distinta a la que subyace en este tipo de delitos, en ella brotan las ideas de «libertad» y «autonomía», y se aleja de los planteamientos «paternalistas» que emergen con la actual retórica de la «protección» y que pretenden consagrar como valor rector la «seguridad». Se habla de la «sociedad de la emergencia», una excepcionalidad que, sin embargo, termina convirtiéndose en estado permanente. Como hace el profesor MANTOVANI, me pregunto, «crisi o decadenza di una civiltà?»²⁴.

«No se trataba de un analfabeto, sino de un ingeniero; el hombre que arrastraba la carretilla cargada de ramitas secas de abeto, con las que iba haciendo su provisión de leña para no morir de frío en el invierno, era todo un ingeniero diplomado; uno de esos millares de ingenieros alemanes que no han trabajado nunca, porque no han tenido en qué trabajar. Todavía no se conoce en España esta tragedia del hombre laborioso y capacitado que consagra su juventud a adquirir una técnica difícil y que luego se ve envejecer y morir en la miseria, sin que el Mundo le haya ofrecido jamás la ocasión de ser útil y sin que haya podido probar si servía o no.

Así, declarados superfluos, hay muchos millares de hombres en Alemania; técnicos de todas las técnicas que, con sus diplomas en el bolsillo, barren las calles o escardan los sembrados. Estos hombres que, habiendo renunciado ya a todos los derechos, incluso el de comer, se refugian en el último baluarte, el derecho al trabajo, son los que han hecho posible este fenómeno curioso de “los trabajadores voluntarios” [que servían a Hitler]»

Manuel CHAVES NOGALES, «La causa de todo», 1933²⁵.

²⁴ Es el título que da a uno de los apartados de su estudio «Criminalità sommergente e cecità politico-criminale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 1999, p. 1251.

²⁵ En *Bajo el signo de la Esvástica. Cómo se vive en los países de régimen fascista*, 3ª ed., Almuzara, España, 2012, p. 50.

PARTE 1ª.- LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA ANTE EL FENÓMENO NEGACIONISTA

CAPÍTULO 1

La memoria colectiva europea y la superación de su trágico pasado (una introducción)

1. El Holocausto como trágico «mito» frente al que se re-funda Europa

La Modernidad, en contraste con la imagen humanista de Occidente, nos ha traído algunas de las mayores tinieblas de la Historia²⁶: dos guerras mundiales y guerras regionales por doquier; algunos de los mayores exterminios nunca conocidos como, sin ánimo de establecer comparaciones, el Holocausto nazi o los *Gulag* soviéticos; los genocidios de armenios o de tutsis; la bomba atómica. Todos ellos ejemplos de la barbarie moderna y fruto, en buena medida, de esa racionalidad técnica e instrumental característica de nuestros tiempos. Como señala Zygmunt BAUMAN en referencia a la mayor de esas atrocidades: «La Solución Final no fue en ningún momento incompatible con la búsqueda racional de la eficiencia, con la óptima consecución de objetivos. Antes al contrario, *surgió de un proceder auténticamente racional y fue generada por una burocracia fiel a su estilo y a su razón de ser.*»²⁷ A lo que añade: «El Holocausto no fue un arranque irracional de aquellos residuos –todavía-no-erradicados de la barbarie pre-moderna. Fue un inquilino legítimo de la casa de la modernidad; un inquilino que no se habría sentido cómodo en ningún otro edificio»²⁸. La burocracia y las tecnologías modernas habían logrado dormir la moralidad de la sociedad²⁹.

Ahora bien, una vez despertados de la conmoción por las atrocidades vividas, confusos ante tamaña demostración de barbarie y con una merma

²⁶ Así, Tzvetan TODOROV se pregunta si el siglo XX será finalmente conocido como el «siglo de las Tinieblas» igual que al XVIII se le ha llamado como el «siglo de las Luces» («Il secolo delle Tenebre», en M. FLORES (dir.), *Storia, verità, giustizia: I crimini del XX secolo*, Bruno Mondadori, Milán, 2001, p. 1).

²⁷ Z. BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, 5ª ed., Sequitur, Madrid, 2010, p. 39.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 49.

autoestima en nuestra propia civilización³⁰, la sociedad europea se reconstruyó asumiendo como base el repudio más absoluto a este pasado reciente. Se asumió el Holocausto nazi como un nefasto «mito fundacional» frente al cual debía renacer Europa, volviendo al iluminismo a través de la afirmación del valor de la persona y de su dignidad natural. Unas atrocidades que, en todo caso, no podían quedar sin respuesta ni podían sumirse en el olvido; debíamos aprender del pasado para que éste no se volviera a repetir nunca. Un ideal claramente recogido por la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948: «Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad», los Estados proclaman «como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias», y reafirman «su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana»³¹.

Es precisamente esta creencia en la persona sobre la cual ha crecido la civilización europea. Aquello que resulta la clave de bóveda que ha sostenido Europa, que en su diversidad le da un rasgo de identidad, ha sido su particular concepción de la persona³². El hombre es el centro, pero además no cualquier «hombre», sino un ideal de persona definida por unas notas muy concretas: un hombre *autónomo, libre y responsable* de sus actos. El pensamiento greco-romano afirma esta idea de persona, la cual fue recogida por el cristianismo, que consagró sobre esta base algunas ideas «revolucionarias» en las que fructificó, con o sin el componente divino, la cultura europea a lo largo de los siglos: el hombre es el centro de la Creación y además a él se le ha concedido como primer don el de la «libertad». Un hombre que es reconocido como ser racional y libre y que ha de ser estimado como tal sin que sea admisible su instrumentalización³³. Porque «el

³⁰ En este sentido, afirma Jaime VÁNDOR: «Se pensaba a partir de la Ilustración que la cultura sería una marcha ascendente, y una salvaguardia segura frente a la posibilidad del mal que anida en todos nosotros. Estábamos equivocados. Psicólogos, filósofos y antropólogos, así como cuantos reflexionan sobre la Historia, coinciden en una consecuencia del Holocausto, la inexcusable merma de la autoestima humana» («Del antijudaísmo precristiano al antisemitismo racial: estudio de una metamorfosis», en J. CRUZ DÍAZ, Y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª Ed., Anthropos, Barcelona, 2009, p. 24).

³¹ El texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se puede consultar, entre otros, en la dirección: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

³² Así, *cfr.* M. LA TORRE, «Europa –raíces, identidad y misión», *op. cit.*, *passim*.

³³ En este sentido, como describiera LUCAS VERDÚ, «[l]a dignidad de la persona es una afirmación atemporal sea si se interpreta con arreglo a la teología cristiana (el hombre hecho a imagen y semejanza de Dios su Creador) que tanto ha influido sobre la cultura política euroatlántica, como si se considera al hombre como ser racional y libre o en sentido kantiano de no instrumentalizarlo o

hombre es cosa grande» como describiera Pico della MIRANDOLA en *De hominis dignitate*. Éste creo que es el pilar sobre el que se sostiene el más bello fruto de la civilización europea, el humanismo, el cual empapa aquella parte más noble del pensamiento europeo en sus diferentes dimensiones o expresiones culturales: desde el arte o la arquitectura a la literatura, la religión y la filosofía, y, por supuesto, el Derecho. Y es en estos mimbres donde se forjará un concepto, ya sea concebido como una categoría filosófica o como valor jurídico, tan complejo como esencial, cual es la «dignidad humana»³⁴. Pues bien, dejando atrás sus «puntos ciegos» y negros retrocesos, ésta creo que es la «herencia cultural» que se pretende recuperar en la Europa re-fundada tras la II Guerra Mundial³⁵.

2. La superación de un pasado traumático: Historia, memoria y Derecho (perspectiva general)

Cuando una sociedad se propone afrontar un pasado traumático debe ir más allá de la construcción de instituciones o la suscripción de cartas y tratados; debe proponerse implementar otro tipo de respuestas que plantean cómo reconciliar sociedades que han estado fracturadas, cómo reconciliar a grupos sociales que han sido víctimas de una violencia estructurada por el propio Estado,

utilizarlo como medio sino estimarlo como un fin» (*Estimativa y política constitucionales*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 107).

³⁴ Lógicamente no me propongo definir el valor de la dignidad humana, para el que ni la doctrina jurídica, pero tampoco la filosófica, han logrado dar una delimitación clara. Como afirma FOSTER, refiriéndose a la protección de la dignidad humana fijada por el art. 1 de la Constitución alemana: «Pero aquello que exactamente se protege por el Art. 1 GG es difícil de determinar, como 2.500 años de filosofía occidental no han llegado a definir “dignidad humana” satisfactoriamente» (traducción propia) [*But what exactly is protected by Article 1 GG is difficult to determine, as 2,500 years of occidental philosophy have not managed to define “human dignity” satisfactorily*] (N. G. FOSTER Y S. SULE, *German Legal System & Laws*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 215). Referido a su delimitación en sentido jurídico, advertía MÜNCH: «Las dificultades de una definición del concepto de dignidad de la persona humana se documentan en el extremo de que la doctrina jurídico-constitucional no ha llegado todavía a una definición satisfactoria. Los intentos de definición permanecen atrapados en formulaciones de carácter general; ejemplos de definiciones así de insatisfactorias de la dignidad de la persona humana son: “contenido de la personalidad”; “núcleo de la personalidad humana”» («La dignidad del hombre en el Derecho constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 5, 1982, p. 19). Sintéticamente, sobre la recepción de la noción de dignidad humana por el Derecho, *vid.* OEHLING DE LOS REYES, Alberto, «El concepto constitucional de dignidad...», *op. cit.*, pp.138 y ss.

³⁵ Así, como recoge el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, ésta se funda «*Inspirándose en la herencia cultural y religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho*». La versión consolidada de 2012 puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2012:326:SOM:ES:HTML>

en definitiva, cómo superar el trauma de una barbarie inhumana dentro de una sociedad para reconstruirla y para sentar las bases de una nueva convivencia³⁶.

Así las cosas, si el trágico pasado trae causa de graves crímenes, la primera respuesta ha de venir dada por la sanción penal de los responsables de tales atrocidades. Fue el caso de los Juicios de Núremberg y de Tokio, y es la línea que se ha seguido más recientemente con los Tribunales Penales Internacionales creados *ad hoc* para los conflictos de Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994); y las Salas Especiales para Timor Leste (2000) y para Camboya (2003), el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002) y el Tribunal Especial Iraquí (2003)³⁷. Hoy día la Corte Penal Internacional, con carácter permanente, trata de consolidarse como garante que debe responder y perseguir a los culpables de crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad³⁸. Una respuesta que contrasta, por otro lado, con otros países que han intentado ocultar su negro pasado, normalmente cometido bajo largas dictaduras, a través de Leyes de amnistía o punto final que impedían la investigación y enjuiciamiento de tales actos³⁹. Unos puntos ciegos a los que cada vez más se les está dando luz y, aunque sea de forma extemporánea, muchas de

³⁶ Para profundizar en los mecanismos para la superación de un pasado social traumático, entre otros, *cfr.* M. MINOW, *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, Boston, 1998; M. OSIEL, *Mass Atrocities, Collective Memory, and the Law*, Transaction, New Brunswick (Nueva Jersey), 1997; P. B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, Nueva York, 2002; R. ROTBERG, Y D. THOMSON (ed.), *Truth v. Justice. The morality of Truths Commissions*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 2000; M. FLORES (dir.), *Storia, verità, giustizia: I crimini del XX secolo*, Bruno Mondadori, Milán, 2001. Para acercarse a las categorías relacionadas con el Derecho, la memoria colectiva y la superación de traumas sociales, *vid.* J. SAVELSBERG Y R. D. KING, «Law and Collective Memory», *Annual Review of Law and Social Science*, n. 3, 2007, pp. 189-211. Para una visión más general, *vid.* B. HAMBER Y R. A. WILSON, «Symbolic closure through memory, reparation and revenge in post-conflict society», *Journal of Human Rights*, vol. 1, n. 1, pp. 35-53; y R. J. GOLDSTONE, «On History and Reconciliation», *Institute for Historical justice and Reconciliation* [en línea], Occasional Papers, I/2005.

³⁷ *Cfr.* R. GEISS Y N. BULINCKX, «Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados», *International Review of the Red Cross* [en línea], n. 861, marzo de 2006. Disponible en: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_861_geiss.pdf

³⁸ La Corte, hasta enero de 2014, ha afrontado 21 casos en 8 conflictos: Uganda, República Democrática del Congo, Darfur (Sudán), República Centrafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil y Mali. Para tener una información completa puede visitarse el sitio web oficial de la corte en: <http://www.icc-cpi.int/Pages/default.aspx>

³⁹ Así, por ejemplo, las Leyes de Punto Final chilena (1978) y argentina (1986) –esta última anulada por el Congreso Nacional en 2003 y declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en 2005–, o, la Ley de Amnistía española (Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, sobre Amnistía, y Ley 46/1977, de 15 de octubre). El «Equipo Nizkor» para la defensa de los derechos humanos dispone en su sitio web de un apartado dedicado a la lucha contra la impunidad, el cual recoge numerosa información sobre legislaciones, jurisprudencia e informes al respecto; accesible en: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/>

esas sociedades, ahora ya con una cierta madurez democrática, están afrontándolos.

Fuera de esta respuesta punitiva hay un segundo reto que mira hacia el futuro de particular importancia en aras de reconciliar a la sociedad. Aquí debe resaltarse lo que ha sido denominado como «Justicia de transición» [*transitional justice*], en la que destacan otras vías no punitivas como el recurso a Comisiones de Verdad [*Truth Commissions*]⁴⁰, pero también a otros sistemas –apertura de archivos policiales, creación de organismos públicos o de comisiones parlamentarias para investigar los crímenes y depurar responsabilidades en la Administración, etc.–, que pretenden esa reconciliación nacional al tiempo que afirman que no se olvidará. El ejemplo paradigmático lo encontramos en Sudáfrica con la constitución de la *Truth and Reconciliation Commission*⁴¹ que, en palabras de Martha MINOW, «ilustra un innovador y prometedor esfuerzo por combinar una investigación sobre lo sucedido [el Apartheid], un foro para el testimonio de las víctimas, un proceso para el desarrollo de reparaciones, y un mecanismo para garantizar la amnistía a los perpetradores que honestamente reconocieran su rol en la violencia motivada políticamente»⁴². No ha sido el único país en afrontar difíciles reconciliaciones, Alemania también tuvo que hacer un notable esfuerzo, primero para afrontar las secuelas del nazismo y luego con su reunificación; la Italia fascista y la España franquista; los países post-comunistas y muchos países latinoamericanos una vez superadas sus dictaduras⁴³.

⁴⁰ Sobre la legitimidad y la efectividad de las comisiones de verdad, *vid.* J. L. GIBSON, «On legitimacy theory and the effectiveness of truth commissions», *Law & Contemporary Problems*, vol. 72:123, 2009, pp. 123-141. En contestación al mismo, *cfr.* J. E. WILLIAMS, «Legitimacy and Effectiveness of a Grassroots Truth and Reconciliation Commission», *Law & Contemporary Problems*, vol. 72:143, 2009, pp. 143-149. Además de los mecanismos «institucionalizados» se pueden ver también proyectos organizados por ONGs., *cfr.* L. BICKFORD, «Unofficial Truth Projects», *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n. 4, 2007, pp. 994-1035.

⁴¹ Sobre la comisión sudafricana y su proceso de transición, *vid.* A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituyente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2005; G. COSÌ, «Invece di giudicare. Il Sudafrica e la Commissione per la verità e la riconciliazione», *Studi Senesi*, fasc. 1, 2006, pp. 7-62; T. GROPPÌ, «Sudafrica: la riconciliazione attraverso il diritto», *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2003, pp. 577-596; y A. BHARGAVA, «Defining political crimes: A Case Study of the South African Truth and Reconciliation Commission», *Columbia Law Review*, vol. 102, junio 2002, pp. 1304-1339. De interés puede resultar también al ser escrito por un exMinistro de Educación de Sudáfrica, K. ASMAL, «Truth, Reconciliation and Justice: The South African Experience in Perspective», *Modern Law Review*, vol. 63, n. 1, 2000, pp. 1-24.

⁴² [*illustrates an innovative and promising effort to combine an investigation into what happened, a forum for victim testimony, a process for developing reparations, and a mechanism for granting amnesty for perpetrators who honestly tell of their role in politically motivated violence*] *Op. cit.*, p. 3.

⁴³ En particular, sobre la transición en alguno de estos países, *cfr.* sobre Alemania, entre otros, G. E. RUSCONI (dir.), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Giulio Einaudi, Turín, 1987; B. GRÜNING, «Memoria e riconoscimento: il caso della Germania orientale»,

De tal suerte que en este intento de superar «traumas culturales» entra en juego un trinomio con unos confines en ocasiones conflictivos: *Historia-Memoria-Derecho*⁴⁴. A la Historia le corresponde presentar los hechos ocurridos de manera

Rassegna italiana di sociologia, n. 4, 2006, pp. 613-640; sobre Italia, E. COLLOTTI (dir.), *Fascismo e antifascismo. Rimozioni, revisioni, negazioni*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 2000; y M. DONINI, «La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato "mediante il diritto penale"», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2009, pp. 183-216; o sobre España, J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Mio fratello e mio nemico: la gestione della memoria storica nella legislazione penale franchista», *Forum di Quaderni Costituzionali* [en línea], [2008?]. Disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/3/3/>. Otros artículos de contenido más sectorial se pueden encontrar en el nº 2, de agosto de 2008, de la revista *Quaderni storici*: sobre el Instituto Polaco de la Memoria Nacional, C. TONINI, «L'Istituto polacco della memoria nazionale. Dai crimini "contro" la nazione polacca ai crimini "della" nazione polacca», pp. 385-402; sobre la memoria negada en la Rumanía post-comunista, S. BOTTONI, «Memorie negate, verità di stato. Lustrazione e commissioni storiche nella Romania postcomunista», pp. 403-432; sobre el Instituto Estatal de Historia contemporánea en los países de la ex-Yugoslavia, S. PETRUNGARO, «Gli istituti statali di storia contemporanea nei paesi successori della Jugoslavia. Uno sguardo d'insieme», pp. 433-454. Sobre los sistemas de justicia transicional en Reino Unido en relación con los conflictos en Irlanda del Norte, vid. C. CAMPBELL, «The spectre returns: conflicted democracies, truth commissions and the law», *Web Journal of Current Legal Issues* [en línea], 2010; y ÍD Y C. TURNER, «Utopia and the doubters: truth, transition and the law», *Legal Studies*, vol. 28, n. 3, 2008, pp. 374-395. También puede verse en relación con la situación de las mujeres en la transición de Ruanda: M. J. BURNETT, «Remembering justice in Rwanda: locating gender in the judicial construction of memory», *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 3, 2005, pp. 757-784. O, presentando distintos modelos de reparación ante grupos sociales víctimas de injusticias en los EEUU (esclavos afroamericanos, indios, etc.), vid. A. L. BROPHY, «Reparation Models», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 22, 2003, pp. 71-82.

⁴⁴ A este respecto, afrontando el problema de la verdad en el debate político y las vías a través de las cuales se puede alcanzar la verdad en nuestros Estados constitucionales, vid. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Giulio Einaudi, 2000. Sobre la necesidad de protección jurídica de la memoria, vid. A. MESSUTI, «¿Qué pide la memoria al Derecho?», *Claves de Razón Práctica*, n. 213, 2011, pp. 73-76; y sobre la dialéctica entre Memoria y Derecho, vid. A. PUGIOTTO, «Quando (e perché) la memoria si fa legge», *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2009, pp. 7-35. Afrontando el difícil diálogo entre Derecho y Memoria y planteando el trinomio Derecho-memoria-pena, vid. E. FRONZA, «Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria». *Ragion pratica*, n. 30, 2008, en particular pp. 27-29 y 47-49; ÍD, «The punishment of negationism: the difficult dialogue between law and memory», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, en particular pp. 609-613 y 620-624. Plantea los procesos penales como «teatros pedagógicos» y su rol en las transiciones democráticas, M. J. OSIEL, «Politiche della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale», en L. BALDISSARRA Y P. PEZZINO, *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, L'ancora del Mediterraneo, Nápoles, 2005, pp. 105-117.

Por lo que hace al binomio Memoria-Historia, sobre todo en ámbitos de notable interés político como son los aquí presentados, los confines también son problemáticos. Como señala BERNAT MONTESINOS, «...“historia” y “memoria” no son términos equivalentes, sino hasta cierto punto opuestos. Es más, la expresión tan manoseada en la actual política española de “memoria histórica” constituye en rigor un oxímoron» («Estrategias de revisionismo histórico y pedagogía del odio», *Anuario de Pedagogía*, n. 9, 2007, cit. p. 49). Por parte de algunos historiadores surge así una reticencia hacia el actual uso de la memoria o de lo que en España ha sido denominado memoria histórica (así, por ejemplo, S. FANJUL quien se refiere a ella como «una historia para andar por casa,

objetiva, siempre abierta a la discusión y, actuando con un método científico, buscar la verdad histórica. Junto a ella, ante eventos de historia reciente, coexisten las memorias individuales de cada una de las personas que los vivieron. Éstas son siempre parciales y subjetivas, pero no por ello despreciables, sino que tienen su propio valor como tales. Asimismo, también existe una «memoria colectiva» [*collective memory*], que recoge esa parte de la memoria individual que es compartida por los integrantes de un determinado grupo social⁴⁵. Pero, cuando nos encontramos frente a pasados que han constituido un trauma social, la historia objetiva y científica puede ocurrir que termine entremezclada con la memoria colectiva, dando lugar a un «uso público de la Historia»⁴⁶, en muchos casos con finalidades políticas. Normalmente las sociedades levantadas sobre las cenizas de esos negros pasados pretenden fijar una «memoria colectiva» que condene los mismos, para lo cual se recurre entonces a su institucionalización jurídica, garantizando así que quede fijada y salvaguarda ante posibles reinterpretaciones. Se crean unos «imperativos de memoria» que reafirman –o incluso imponen– en el ámbito público un determinado recuerdo de los sucesos pasados. Se plantea, como decía anteriormente, un deber de «no olvidar» lo ocurrido –al menos en el terreno público–, un deber de reconocimiento público y de repudio social⁴⁷.

moldeable a su conveniencia y capricho» –«Contra la historia», *ABC*, 26 de mayo de 2007. Disponible en: <http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20070526&idn=1633330997726#->) y muestran su preocupación ante la tendencia a que la memoria fagocite el espacio propio de la Historia. Sobre esta cuestión, sin agotar la misma, *vid.* S. JULIÁ, «Por la autonomía de la Historia», *Claves de Razón Práctica*, n. 207, 2010, pp. 8-19; M. SABROW, «Il disagio dell'elaborazione. La stretta tra scienza, morale e politica nella storia contemporanea», *Quaderni storici*, n. 2, 2008, pp. 337-350; P. BEVILACQUA, «La storia tra “verità discutibili” e mercato delle notizie». *Giornaldistoria.net* [en línea]. 19 de mayo de 2009. Disponible en: <http://www.giornaledistoria.net/index.php?Articoli=557D0301220A74032107727677>.

⁴⁵ Es definida, por ejemplo, como «el conocimiento sobre el pasado que es compartido, mutuamente reconocida, y reforzada por colectivos como pequeños grupos informales, organizaciones formales, o estados nacionales y comunidades globales» J. SAVELSBERG Y R. D. KING, «Law and Collective Memory», *op. cit.*, p. 190 –traducción propia–. Sobre la «memoria colectiva», *cfr.* M. HALBWACHS, *On Collective Memory*, University Chicago Press, Chicago, 1992.

⁴⁶ Sobre el uso público de la Historia en relación con el revisionismo del nazismo alemán y el fascismo italiano, *vid.* J. HABERMAS, «L'uso pubblico della storia», en G. E. RUSCONI (dir.), *op. cit.*, pp. 98-109; F. GERMINARIO, *Estranei alla democrazia: negazionismo e antisemitismo nella destra radicale italiana*, BFS edizioni, Pisa, 2001; y C. PAVONE, «Neggazionismi, rimozioni, revisionismi: storia o politica?», en E. COLLOTTI (dir.), *op. cit.*, pp. 15-42.

⁴⁷ Así, niega la existencia de un «derecho al olvido» del pasado de los Estados, G. W. STREICH, «Is There a Right to Forget? Historical Injustices, Race, Memory, and Identity», *New Political Science*, vol. 24, n. 4, 2002, pp. 525-542. Por su parte, en España a raíz de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como «Ley de la Memoria Histórica», José María SAUCA CANO afirma el nacimiento de un «derecho ciudadano a la memoria histórica», que incluiría, entre otras cosas, un derecho a la reparación moral de las víctimas y de sus familias («El derecho ciudadano a la

Este deber tiene un gran valor tanto en un plano individual como colectivo para la superación de tales traumas. Así, para los individuos que fueron víctimas, la afirmación de esa memoria colectiva se presenta en muchas ocasiones como una forma de reparación que les permite resarcirse a través de la verdad; esas personas necesitan saber que lo que se hizo con ellos fue una injusticia⁴⁸. Es lo que se pretende, como se ha visto, con las Comisiones de Verdad y otros tantos instrumentos de la Justicia transicional. Pero, además, por encima de su valor individual, el deber de memoria es también un revulsivo para tratar de evitar que tales eventos puedan volver a ocurrir.

Lo cierto es que este uso público de la Historia es casi tan antiguo como la propia Historia. Sirva como ejemplo la prohibición de recordar públicamente las «desgracias» vividas por los atenienses que fue decretada en el siglo V. a. C., después de la derrota de la dictadura de los Treinta tiranos⁴⁹; o la sanción romana de la *damnatio memoriae*, que podía ser impuesta por el Senado para condenar el mandato de un emperador a su muerte, y en cuya virtud se procedía a cancelar todo cuanto recordara al condenado: imágenes, monumentos, inscripciones, e, incluso, se llegaba a la prohibición de usar su nombre. Su nombre quedaba así borrado para la eternidad (*abolitio nominis*)⁵⁰.

Hoy día, por nuestra parte, vemos cómo los calendarios se llenan de días conmemorativos⁵¹, de años dedicados a determinados eventos, igual que nuestras calles se pueblan de monumentos que llaman a un determinado recuerdo. Algo que también es cierto que, por exceso, en algunas ocasiones se convierte en un

memoria histórica: concepto y contenido», en J. A. MARTÍN PALLÍN Y R. ESCUDERO ALDAY, *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 73-104).

⁴⁸ Mario SINAY y Yav VASHEM recuerdan a este respecto cómo «El último asesinato del Holocausto, fue el asesinato de la Verdad...» y concluyen: «Negar a las víctimas su sufrimiento es un acto tan vil, tan inhumano, que, correctamente, las sociedades civilizadas han puesto a sus perpetradores fuera de toda aceptación social» («Memoria del Holocausto y Negacionismo», *Cuadernos de Análisis*, Movimiento contra la intolerancia, n. 30, 2008, cit. p. 22. Disponible en: http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis.asp

⁴⁹ Casi un siglo antes, después del alzamiento en Jonia y de la derrota ante los persas que se apoderaron de Mileto (494 a.C.), Herodoto de HALICARNASO relata como la asamblea del pueblo ateniense multó a Frídico por la compunción provocada por haber representado la tragedia *La toma de Mileto* (cfr. W. ANSALDI, *Una cabeza sin memoria es como una fortaleza sin guarnición. La memoria y el olvido como cuestión política* [en línea], pp. 8-13. Disponible en: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/art/cabeza_sin_memoria.pdf. El artículo fue publicado originariamente en soporte papel en *Ágora. Revista de Ciencias Sociales, Nueva Época*, n. 7, 2002, pp. 65-87).

⁵⁰ Por el contrario, si el balance del reinado del emperador era positivo, a su fallecimiento podía éste, a través de la «apoteosis», ver reconocidos sus logros al punto de ser deificado.

⁵¹ Andrea PUGIOTTO recoge como ejemplo el «florido» calendario italiano (*op. cit.*, pp. 7-8). Con respecto a España se puede encontrar un calendario con los principales días, años y decenios conmemorativos en: <http://www.carm.es/ctra/cendoc/dossier/dias.asp>

auténtico «delirio conmemorativo»⁵². Por otro lado, en esa tendencia de institucionalización de la memoria, se observa también el nacimiento y aprobación de las conocidas como leyes de memoria⁵³, que vienen a consolidar políticamente una visión de esos hechos del pasado que se consideran traumáticos y reprobables e instan al establecimiento de políticas públicas para el reconocimiento y reparación de las víctimas.

De forma que, aunque se afirme la importancia de mantener la memoria de esos eventos del pasado –en muchos casos todavía muy recientes- y de construir de nueva planta una sociedad cuyos valores repudien los mismos, sin embargo hay que hacerlo alcanzando un equilibrio justo. Podríamos preguntarnos así: ¿demasiada memoria o no suficiente?⁵⁴. Y, lo que a este trabajo más importa, ¿qué se debe hacer con los «asesinos de la memoria»⁵⁵? «Asesinos de la memoria» es el término que Pierre VIDAL-NAQUET utiliza para referirse a los negacionistas del Holocausto; de manera que llega el momento de entrar en el cuerpo de este estudio, comenzando con la contextualización del fenómeno del negacionismo, y en particular el negacionismo del Holocausto, para entrar luego a valorar cómo Europa se ha dispuesto a superar su trágico pasado y las respuestas que ha articulado frente a este movimiento que viene a atacar el pilar de la «memoria colectiva» sobre la que se ha re-fundado la Europa reconstruida tras la II Guerra Mundial.

⁵² La expresión es de Santos JULIÁ, que habla también de un «frenesí de liturgias históricas» refiriéndose a la tendencia que se vive en Francia (*op. cit.*, p. 8).

⁵³ Un ejemplo paradigmático lo encontramos en Francia, con la Ley de 13 de julio de 1990 que reprime la negación del Genocidio del Pueblo Judío (Ley Gaysot), la Ley de 21 de mayo de 2001 que reconoce el carácter de Crimen contra la Humanidad a la esclavitud (Ley Taubira) o la Ley de 23 de febrero de 2005 que en su artículo 4 imponía que en los programas escolares se reconociera en particular «el rol positivo de la presencia francesa en ultramar» (sobre estas cuestiones, cfr. S. GARIBIAN, «Derecho, Historia, memoria. El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho?», *Seminario del Núcleo Memoria (IDES)* [en línea], 13 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.cna.org.ar/wp-content/uploads/2010/03/Negacionismo-Sevane-Garibian1.pdf>). En el mismo sentido, España no se ha quedado a la zaga y ya en el año 2006 las Cortes Generales aprobaron la Ley 24/2006, de 7 de julio, por la que se declaraba este año como el de la «Memoria Histórica» y en el año 2007 fue aprobada la «Ley de la memoria histórica». Sobre esta cuestión, vid. en particular: J. A. MARTÍN PALLÍN Y R. ESCUDERO ALDAY, *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 73-104. Una reseña del mismo en italiano se encuentra en J. ROSATELLI, «Spagna: un passato che non deve passare?», *Ragion pratica*, n. 33, 2009, pp. 579-587. También, sobre el año de la memoria histórica en España, vid. J. KEENE, «Turning Memories into History in the Spanish Year of Historical Memory», *Journal of Contemporary History*, vol. 42, n. 4, 2007, pp. 661-671. En Italia, por su parte, fue aprobada la Legge n. 211/2000, del 20 luglio, por la que se instituye el «día de la Memoria» para recordar el exterminio del pueblo judío, y la Legge n. 91/2003, del 17 aprile para la «Institución del Museo Nacional de la Shoah» (sobre las mismas, vid. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, pp. 22-35).

⁵⁴ Así se lo pregunta, M. MINOW, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Es el título del libro P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 1994.

CAPÍTULO 2

El negacionismo: identificación del fenómeno y posibles respuestas

1. El fenómeno negacionista: precisiones conceptuales

Para enfrentarse con el fenómeno del negacionismo es necesario afrontar como cuestión previa algunas precisiones terminológicas, porque, en algunos casos de manera pretendida por los propios negacionistas y en otros porque no existen unas categorías claramente definidas, se terminan dando usos confusos a términos que pueden enmascarar la verdadera naturaleza del fenómeno. Así, en concreto, se debe afrontar la delimitación entre los siguientes términos: «revisiónismo», «revisiónismo histórico», «negacionismo del Holocausto» y «negacionismo»⁵⁶.

«**Revisiónismo**» sería, en principio, un término neutro, la «tendencia a someter a revisión metódica doctrinas, interpretaciones o prácticas establecidas con la pretensión de actualizarlas»⁵⁷. Aplicado al ámbito historiográfico, por tanto, debiera entenderse que el revisionismo es la técnica natural de toda investigación histórica, en tanto en cuanto el método histórico exige continuas revisiones y relecturas de hechos históricos a la luz de nuevos datos y de nuevas investigaciones. En este sentido, creo poder estar de acuerdo en este punto con Renzo DE FELICE, cuando afirmaba que: «Por naturaleza, el historiador sólo puede ser revisionista, dado que su trabajo parte de lo que ha sido recogido por sus predecesores y tiende a profundizar, corregir y aclarar su reconstrucción de los hechos»⁵⁸.

Sin embargo, el término revisionista se ha venido asociando a corrientes que se han opuesto o impugnado ortodoxias dominantes, ello por tanto con una connotación negativa. Así, los primeros en ser calificados como tales fueron los

⁵⁶ Para una visión más en profundidad sobre la evolución del término revisionismo y la relación y diferencias entre revisionismo y negacionismo, entre otros, *vid.* P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, *op. cit.*, pp. 106-135; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. XIII ss, y F. ROTONDI, *Luna di miele ad Auschwitz: riflessioni sul negazionismo della Shoah*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2005, especialmente el Capítulo I «Revisionismo storico e negazionismo», pp. 19-38. También, para un análisis pormenorizado, *vid.* R. CALZA, «Revisionismo e negazionismo nella storiografia contemporanea», Fiorenza TAROZZI (dir.), *Tesi di Laurea in Storia Contemporanea*, Universidad de Bolonia, Bolonia, curso 2000-2001. Afrontando de manera global el revisionismo histórico del Holocausto y su significación, *vid.* P. P. POGGIO, *Nazismo y revisionismo histórico*, Akal, Madrid, 2006 [ed. orig. *Nazismo e revisionismo storico*, Manifesto Libri, Roma, 1997].

⁵⁷ Definición de la Real Academia de la Lengua Española (22^a Ed.).

⁵⁸ R. DE FELICE, *Rojo y Negro*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 25.

partidarios en Francia de la revisión del proceso de Dreyfus (1894)⁵⁹. También fue calificado como revisionista, en un sentido despectivo, el grupo encabezado por Eduard BERNSTEIN, por alejarse de la interpretación ortodoxa del marxismo⁶⁰. O el «sionismo revisionista» surgido durante la década de 1920 y encabezado por Vladimir JABOTINSKY, orientado hacia un extremo nacionalismo judío⁶¹. Incluso, tanto se ha extendido el uso de esta palabra que hoy día se habla también de un revisionismo de la Historia en clave feminista, afro-americana y, en general, para cualquier movimiento que plantee una lectura distinta de la comúnmente asumida.

Si bien, en una acepción más estricta, dentro del ámbito historiográfico el término de «**revisionismo histórico**»⁶² vendría referido en concreto a un movimiento que a partir de la segunda mitad del siglo XX propone una relectura radical, opuesta a la interpretación marxista y con intención revisora en sentido cuasi-reaccionario de dos pilares claves de la Modernidad: la Revolución francesa de 1789 y el Fascismo. François FURET sería el primer exponente de esta corriente revisionista, en particular con su obra *Penser la Révolution française* (1978), en la que realizó una dura crítica al jacobismo y presentaba la Revolución francesa como una primera etapa dentro de un camino revolucionario que llevaría hasta la revolución bolchevique. Dando un paso más allá, fue Ernst NOLTE el primero en realizar una relectura del nacionalsocialismo y de su carácter contrarrevolucionario frente a la URSS estalinista⁶³. Se valía así de la comparación para relativizar los crímenes cometidos bajo los regímenes nacionalsocialista y fascista; ya que, sin negar su existencia, los contextualizaba como una reacción al peligro bolchevique y fijaba un nexo causal entre los mismos –los *gulags* soviéticos

⁵⁹ Raffaella CALZA señala que el término revisionismo habría nacido en el ochocientos en la cultura anglicana para referirse a la revisión de algunos dogmas de la Iglesia reformada (*Op. cit.*, p. 8).

⁶⁰ LENIN tilda de revisionistas las pretensiones socialdemócratas, a las cuales acusaba de querer desactivar el carácter dialéctico y revolucionario del marxismo. Sirva como ejemplo, V. ILL'ICH LENIN, *Contra el revisionismo*, Akal, Madrid, 1976.

⁶¹ Una referencia biográfica del mismo se puede encontrar en la «Jewish Virtual Library», accesible en: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsourc/biography/jabotinsky.html>

⁶² Para una visión general sobre el revisionismo histórico y sus principales exponentes, *vid.* P. C. GONZÁLEZ CUEVAS, «El revisionismo histórico europeo», *Alcores: revista de historia contemporánea*, n. 6, 2008, pp. 277-305. También, sobre la historiografía en referencia al Holocausto nazi, *vid.* J. L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «La memoria histórica y los campos de concentración nazis», *Sistema*, n. 130, 1986, pp. 51-73.

⁶³ En concreto puede verse su obra *Der europäische Bürgerkrieg 1917-1945. Nationalsozialismus und Bolschewismus* (1987) [ed. it. *Nazionalismo e bolcevismo. La guerra civile europea, 1917-1945* (1989); ed. cast. *La guerra civil europea, 1917-1945: Nacionalismo y bolchevismo* (1994)] que construye sobre el concepto de «guerra civil europea», el cual explicaría el fascismo y el nazismo como respuesta a la Revolución bolchevique y al marxismo. Para un análisis de las teorías revisionistas de E. NOLTE, *cfr.* P. P. POGGIO, *Nazismo y revisionismo histórico*, *op. cit.*, pp. 105-131.

serían un *prius* del exterminio nazi⁶⁴. Tesis que suscitaron gran polémica entre historiadores y pensadores alemanes⁶⁵. Por su parte, siguiendo esta línea, también ha habido un revisionismo italiano con autores como Renzo de FELICE, quien afrontó una relectura del fascismo italiano y de la figura de Mussolini⁶⁶; y un revisionismo español, referido a la Guerra Civil y al franquismo, en el que podrían encontrarse Pío MOA, José María MARCO o Cesar VIDAL⁶⁷.

Como un hijo degenerado del mismo surge entonces el movimiento denominado por la mayoría de la historiografía «**negacionismo del Holocausto**»⁶⁸; un término que vino usado por primera vez por Henry ROUSSO –*Le syndrome de Vichy* (1987)⁶⁹– para distinguirlo del «revisionismo histórico». Así, a diferencia de los revisionistas, el negacionismo no se limita a realizar una crítica o una relectura del nacionalsocialismo a partir del estudio de nuevas fuentes históricas, sino que directamente niega sus crímenes y trata abiertamente de

⁶⁴ A los autores que defienden, como el caso de NOLTE, la minimización de la culpa alemana o que a través de la comparación buscan relativizar la dimensión de los crímenes nazis, son en ocasiones llamados «reduccionistas». Así lo hace, por ejemplo, V. PISANTY, «Sul negazionismo», en E. COLLOTTI (dir.), *op. cit.*, p. 44.

⁶⁵ Fue la conocida como *Historikerstreit* («Disputa de los historiadores»), en la que, a mediados de los años ochenta, académicos alemanes con NOLTE de un lado y HABERMAS de otro como cabezas, discutieron acerca de la responsabilidad de su país en torno al nazismo (la «culpa alemana») y sobre si los fascismos podían considerarse como unos movimientos de respuesta «contrarrevolucionaria» al bolcheviquismo. Una antología de los textos que dieron lugar a esta polémica queda recogida en el libro traducido al italiano: G. E. RUSCONI (dir.), *op. cit.*

⁶⁶ Algunas de sus principales obras de contenido revisionista serían «*Mussolini*» -7 volúmenes- (1965-1992); «*Le interpretazioni del fascismo*» (1969); «*Il fascismo: le interpretazioni dei contemporanei e degli storici*» (1970); «*Intervista sul fascismo*» (1975). También podrían señalarse libros sobre los judíos como «*Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*» (1961); «*Ebrei in un paese arabo: gli ebrei nella Libia contemporanea tra colonialismo, nazionalismo arabo e sionismo (1835-1970)*» (1978); o «*The Jews in Fascist Italy: A history*» (2001). Sobre Renzo de FELICE, *vid.* P. C. GONZÁLEZ CUEVAS, *op. cit.*, pp. 280-289. Haciendo un análisis de las tesis de Renzo de FELICE a través de la recepción del pensamiento de NOLTE, *vid.* en P. P. POGGIO, *Nazismo y revisionismo histórico, op. cit.*, pp. 223-249, el apéndice «La recepción de Nolte en Italia» [publicado originariamente en la revista *Italia contemporanea* (1998: n.º 212)].

⁶⁷ Así, por ejemplo, *cfr.* de Pío MOA, *Los orígenes de la Guerra Civil Española* (1999); de Cesar VIDAL, *Historia de España III. De la Restauración a la guerra civil* (2010), *Memoria de la Guerra Civil Española: Partes nacionales y republicanos* (2004) *Checas de Madrid: Las cárceles republicanas al descubierto* (2003); o, aunque de forma más matizada, de José María MARCO, *Una historia patriótica de España* (2011) o *La libertad traicionada* (1997). Criticando este género de revisionismo español, *vid.* J. TUSSEL, «El revisionismo histórico español», *El País*, 8 de julio de 2004, accesible en: http://elpais.com/diario/2004/07/08/opinion/1089237607_850215.html

⁶⁸ Algunos autores hablan de «revisionismo del Holocausto» utilizándolo como sinónimo de lo que aquí se define como «negacionismo».

⁶⁹ Así lo reconoce, F. ROTONDI, *Luna di miele ad Auschwitz...*, *op. cit.*, p. 20.

manipular el pasado⁷⁰, normalmente con una cierta finalidad ideológica, como se verá a continuación.

A su vez, el fenómeno del negacionismo también se ha extendido y más allá del «negacionismo del Holocausto» se reconocen **otras formas de negacionismo** referidas a otros genocidios o crímenes contra la humanidad, como sería por ejemplo el negacionismo turco del genocidio armenio⁷¹ o, en cierta medida, el negacionismo de los crímenes cometidos bajo el régimen soviético⁷². Sin embargo, a diferencia del «negacionismo del Holocausto», que sí que puede ser calificado como un «movimiento» con unas características y métodos más o menos comunes, en el caso de estos otros discursos negacionistas esto es más difuso.

En cualquier caso, se podrá calificar como «**negacionistas**» en su sentido más general a *todas aquellas personas o grupos que, normalmente por unos motivos ideológicos concretos y valiéndose de discutibles metodologías académicas o pseudo-científicas, pretenden la negación o justificación de graves genocidios u otros crímenes contra la humanidad*. La presente sección del estudio se dedicará en particular al movimiento del negacionismo del Holocausto por ser el más estructurado y definido, amén de que es éste el que ha motivado la promulgación de la legislación anti-negacionista, sin perjuicio de que luego ésta se haya

⁷⁰ Dentro de los «negacionistas» están aquellos que niegan de manera radical la existencia del Holocausto, pero luego habría también autores que, sin negarla de forma absoluta, minimizan radicalmente el número de las víctimas exterminadas por los nazis. Por otro lado, en ocasiones pueden incorporarse como conductas «negacionistas» la «banalización» o «trivialización» del exterminio, que no supone la negación absoluta de su existencia –así, por ejemplo, quienes lo relativizan negando su carácter único, o quienes tratan de presentarlo como una expresión única del hitlerismo para reducir así la responsabilidad alemana, o quienes, por el contrario, tratan de eludir la responsabilidad de Hitler en el mismo-. Ahora bien, en estos últimos casos nos encontraríamos justo en el límite de conductas entre el «negacionismo» y el «revisionismo».

⁷¹ En el negacionismo turco con respecto al genocidio armenio se da la peculiaridad de que se trata de un «negacionismo institucional», ya que es el propio Estado turco el que directamente sanciona a quien catalogue como genocidio las actuaciones del mismo sobre el pueblo armenio. En este sentido, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., pp. 54 ss, que dedica un apartado al estudio del «reato di affermazionismo» y de la legislación turca que castiga la denigración de la República y de la Nación turca, la cual ha sido aplicada contra personas que habían afirmado la comisión de Turquía de un genocidio con los armenos.

⁷² Como explica E. FRONZA, «Il termine negacionismo, inteso come negazione sistematica ed ideologica di realtà e verità, attribuito per lungo tempo principalmente, se non esclusivamente, alla negazione della Shoah, è oggi utilizzato in maniera molto più ampia. Esso ricomprende la negazione pregiudiziale sia di altri genocidi (ad esempio di quello armeno compiuto dal governo turco negli anni della I guerra mondiale, del *Porrajmos*, lo sterminio nazista degli Zingari europei, dell'*Holodomor*, noto anche come Olocausto ucraino o di quello ruandese) o crimini contro l'umanità, si aquella riguardante constesti disciplinari diversi (come ad esempio, il negacionismo climatico o quello dell'Aids)» (*Il negazionismo come reato*, op. cit., p. XV).

extendido también a otras formas de negacionismo, como se tendrá la ocasión de estudiar.

2. Particular estudio del negacionismo del Holocausto y su distinción con el revisionismo histórico

2.1. Caracteres diferenciales del negacionismo del Holocausto y sus métodos y axiomas

2.1.1. Caracteres y métodos propios de los negacionistas del Holocausto

El negacionismo del Holocausto, siguiendo lo ya introducido, puede definirse como aquel movimiento pseudo-académico que, bajo una apariencia científica, niega (o minimiza)⁷³ el hecho histórico del Holocausto nazi, siguiendo normalmente una motivación ideológica⁷⁴. Así las cosas, el primero de los elementos que los caracterizaría sería su *condición pseudo-científica*. Los negacionistas parten de la premisa de que el Holocausto no se produjo y a partir de la misma tratan de construir un discurso con el que pretenden refutar los hechos históricamente comprobados por los historiadores contemporáneos⁷⁵. La construcción del Holocausto nazi es para estos autores una gran falacia que

⁷³ Vid. *supra*, nota n. 70 en epígrafe anterior.

⁷⁴ Sirva también como referencia la definición dada por Jean-Yves CAMUS: «El negacionismo puede ser definido como un proyecto intelectual, de apariencia y pretensión científica, que consiste en negar la realidad material de la exterminación masiva de los judíos por los nazis y sus aliados durante la Segunda Guerra Mundial» («El negacionismo en el mundo occidental: una pantalla pseudocientífica del antisemitismo», en M. A. SIMÓN (ed.). *La extrema derecha en Europa desde 1945 a nuestros días*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 223). O la de E. FRONZA: «“Negazionismo” invece è un termine eminentemente polemico ed univocamente caratterizzato in senso negativo, sorto in ambito storico e giornalistico per definiré, in maniera sbrigativa e con la massima chiarezza, un preciso filone del revisionismo storiografico, ritenuto inaccettabile dai critici sia nella sua metodologí che nei suoi risultati: quel filone che ritiene di poter dimostrare come la Shoah, in quanto fenomeno unico, univoco e non precise responsabilità ideologiche e criminali, non si sia mai svolto nei termini in cui viene comunemente ricostruito» (*Il negazionismo come reato*, op. cit., p. XIV).

Para una definición completa, junto con una descripción del fenómeno, *cfr.* R. S. WISTRICH, voz «Negazionismo», en W. LAQUEUR (dir.) / A. CAVAGLION (dir. de la edición italiana), *Dizionario dell'Olocausto*, Giulio Einaudi, Turín, 2004, pp. 493-503.

⁷⁵ Como expresa Valentina PISANTY, «*Ma mentre il revisionista argomenta la sua tesi eretica a partire da una base storiografica accettata (l'avvenuto sterminio degli ebrei), il negazionista rifiuta questa base. Per il negazionista, l'inesistenza delle camere a gas è un dato posto come inconfutabile, a partire dal quale riscrivere radicalmente la storia della seconda guerra mondiale, rifiutando aprioristicamente qualunque documento o testimonianza che attesti l'esistenza dello sterminio*» («Sul negazionismo», op. cit., p. 44.).

atribuyen a una invención de las potencias aliadas y a una supuesta conspiración judía, la cual ellos tratan de desmontar a pesar de la «protección oficial»⁷⁶.

Tanto es así que los negacionistas tratan de presentarse a sí mismos como un movimiento científico, y por ello se autodenominan «revisionistas». Quieren gozar así de una cierta legitimidad y se afirman como una escuela que vendría a oponerse a la de los «exterminacionistas» (o «exterministas»), que incluiría a los que sostienen la existencia del genocidio nazi. Ahora bien, como acabo de decir, tal condición científica o académica les viene negada por la mayor parte de los historiadores que denuncian la ausencia de base científica alguna de las tesis por éstos defendidas y de las metodologías empleadas⁷⁷. Y es que, como afirma Pierre VIDAL-NAQUET, «negar la historia no es revisarla»⁷⁸.

La metodología es, por tanto, el elemento que con carácter general va a permitir diferenciar la barrera que separaría lo que aquí se viene considerando como un «revisionismo histórico» del Holocausto, legítimo desde un punto de vista académico, y el «negacionismo»; ello a pesar de que ésta sea en muchos casos una frontera muy lábil⁷⁹. En concreto, los negacionistas se caracterizan porque para presentar sus críticas se valen de distintos métodos que en nada responden a los criterios mínimos exigidos por la metodología científica. Su método pasaría por procedimientos que comprenderían desde «la mentira lisa y llana, la falsedad, la

⁷⁶ Muy expresivas en este sentido resultan las declaraciones de R. FAURISSON a los micrófonos de *Europe 1*: «Las pretendidas “cámaras de gas” hitlerianas y el pretendido “genocidio” de los judíos forman una única y misma mentira histórica, que ha permitido una gigantesca estafa político-financiera cuyos principales beneficiarios son el Estado de Israel y el sionismo internacional, y cuyas principales víctimas son el pueblo alemán –excepto sus dirigentes– y todo el pueblo palestino» (referencia tomada de J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental...», *op. cit.*, p. 233).

⁷⁷ Así, por ejemplo, Valentina PISANTY afirma: «Assegnare il titolo di revisionisti a questi negatori dell'evidenza storica equivarrebbe ad ammettere che la loro posizione, per quanto discutibile, si basi su permesse teoriche e storiografiche legittime, e che la contrapposizione tra le due scuole (revisionista e sterminazionista) implichi la possibilità di scegliere tra due chiavi interpretative alternative di uno stesso fenomeno» (*L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negacionismo*, Bompiani, Milán, 1998, p. 7). En el mismo sentido, Deborah LIPSTADT resulta igualmente contundente justificando por qué deben ser llamados «negacionistas», sin asumir su pretendido intento de ser considerados como «revisionistas», por no tener ninguna base científica o académica. Tanto es así que los acusa de ser un movimiento con raíces antisemitas y llega a afirmar que «[e]l negacionismo del Holocausto es la apoteosis de la irracionalidad» -traducción propia- (*Denying the Holocaust: The growing assault on truth and memory*, Penguin Books, Nueva York, 1993, p. 20).

⁷⁸ *Los asesinos de la memoria*, *op. cit.*, p. 151.

⁷⁹ Incluso hay autores que van evolucionando de un género hasta otro, como es el caso de E. NOLTE o BARNES, en principio incorporados dentro de lo que aquí se ha considerado como «revisionismo histórico», pero que presentan al final de sus vidas una deriva «negacionista». Sobre esta cuestión se volverá en la evolución de los negacionistas (epígrafe 2.2 en este capítulo).

remisión a una documentación de mera fantasía»⁸⁰, a otras prácticas menos burdas que Pierre VIDAL-NAQUET sintetiza como «principios del método revisionista»⁸¹, en los que se pone de manifiesto cómo el método negacionista se basa en ignorar o tachar de falso o manipulado cualquier documento o testimonio que venga a dar credibilidad o a ofrecer datos sobre el exterminio nazi, ello sin aportar ninguna prueba de descargo a su favor más allá de la mera aseveración apodíctica y el uso de falacias lógicas⁸². Especialmente se pueden señalar los esfuerzos de los mismos por negar la existencia de las cámaras de gas presentando a la opinión pública informes pseudotécnicos que tratarían de demostrar la imposibilidad material de que las mismas hubieran existido⁸³; o su obsesión por negarle valor a testimonios como los recogidos en el diario de Anna FRANK o en el diario del médico de Auschwitz Johann Paul KREMER, a las declaraciones de los propios deportados, o a documentos como el informe Gerstein o las memorias del comandante de

⁸⁰ P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, *op. cit.*, p. 41.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 42-44.

⁸² Sobre las estrategias discursivas de los negacionistas, *cfr.* V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas...*, *op. cit.*, pp. 197-239; y, ÍD., «Sul negazionismo», *op. cit.*, pp. 51-65. La autora clasifica a los negacionistas según su estrategia discursiva en tres grupos: los «precursores» y los «divulgadores», que no se adecúan a un discurso científico, son meros comunicadores y sus textos entrarían en lo que se podría calificar como «panfletos propagandísticos»; y los «investigadores», que, aunque tratan de revestir su discurso con los modos y formas académicos, en realidad luego se comprueba que no siguen las técnicas y reglas propias del mismo. Sobre la utilización de distintos tipos de falacias lógicas por los negacionistas, *vid.* A. BERNAT MONTESINOS, «Estrategias de revisionismo histórico...», *op. cit.*, pp. 56-60. Por su parte, Raffaella CALZA resume de manera muy clara las técnicas más usadas en su argumentación por los negacionistas: 1) Producción de fuentes y documentos falsos. 2) Aprovechan para su propio interés la falta de pruebas y las lagunas de documentación. 3) Se aprovechan del código cifrado nazi que utilizaba un lenguaje críptico, en algunos casos eufemístico, para esconder las operaciones de exterminio. 4) Lógica del «Falsus in Uno, Falsus in Omnibus». 5) Método de la hipercrítica. 6) Presentan en ocasiones una apariencia científica, con referencia a datos, cifras y argumentos químicos. 7) Privan el discurso de sus adversarios de su base de realidad; niegan de plano su valor (*Op. cit.*, pp. 26-30).

⁸³ Así, el más conocido será el «Informe Leutcher», un pretendido informe pericial emitido por el norteamericano Frederick A. LEUCHTER, el cual se postulaba como un experto en el diseño de equipos para ejecución en cárceles en EEUU, si bien luego se demostró que carecía de acreditación científica alguna. Como se verá posteriormente, en este informe, presentado en el proceso contra el negacionista Ernst ZÜNDEL en Canadá, se trataba de acreditar la imposibilidad de la existencia de cámaras de gas en Auschwitz a partir de consideraciones aparentemente técnicas. Sobre este proceso se volverá *infra* epígrafe 2.2 en este Cap. y en Cap. 4, epígrafe 3.2. Para un análisis crítico de este informe, y en general del antinegacionismo científico, *cfr.* F. ROTONDI, *Luna di miele ad Auschwitz...*, *op. cit.* También, sobre el gas utilizado por los nazis, el Zyklon B, en contraste con las conclusiones de LEUCHTER y FAURISSON, *cfr.* P. BLOCH, «Anexo: Zyklon B», en P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, *op. cit.*, pp. 87-91.

Auschwitz Rudolf Höss⁸⁴. Lo cierto es que los negacionistas no buscan en realidad la verdad histórica, de hecho la desprecian. De ahí que hayan sido calificados como «asesinos de la memoria»⁸⁵ –y bien podría decirse asesinos de la «historia» como saber científico-.

En segundo lugar, cabe señalar también como rasgo definitorio del negacionismo que en la mayoría de los casos en este tipo de discurso subyace una *componente ideológica*, la cual reúne muestras del nacionalismo alemán, del neonazismo, del antisemitismo y del anticomunismo⁸⁶. No es, salvo alguna extraordinaria excepción, el caso de un «historiador demenciado»⁸⁷ o de un escritor «paranoico»⁸⁸. Muy especialmente, en los textos negacionistas se puede observar una base ideológica antisemita que pretende la rehabilitación del régimen nazi a través de la negación de sus horrendos crímenes⁸⁹. Quieren blanquearlos para convertirlo en posiciones aceptables social y políticamente. Incluso, en algunos casos los partidarios de estas tesis pretenden de manera soterrada la generación de odio y la creación de un clima de hostilidad racial hacia ciertos grupos como los judíos. De hecho, en buena medida el problema planteado

⁸⁴ Un exhaustivo análisis de estos documentos y las posturas negacionistas al respecto, se encuentra en V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas...*, *op. cit.*, capítulo 2º «Le strategie interpretative», pp. 27-197.

⁸⁵ Como se ha visto al final del capítulo anterior, es el título del libro de Pierre VIDAL-NAQUET (*Op. cit.*).

⁸⁶ No cabe desconocer que también existe un negacionismo de extrema izquierda. Un ejemplo del mismo podría ser, en un principio, el propio RASSINIER quien, como a continuación se verá, ha sido uno de los precursores de este movimiento. Actualmente el negacionismo de izquierdas se viene asociando a grupos antiimperialistas.

⁸⁷ La expresión es del magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS en su voto particular a la STC 235/2007, que será estudiado *infra* Cap. 6, epígrafe 5.2.

⁸⁸ Como se ha advertido y se profundizará posteriormente, algunos importantes exponentes del negacionismo son revisionistas históricos «degenerados».

⁸⁹ A este respecto, entre otros, *cfr.* J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental...», *op. cit.*, p. 223, que lo define como «pantalla pseudocientífica del antisemitismo»; o P. BLOCH, «Response to professor Fronza's the punishment of negationism», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 627-644, que dedica un apartado de su artículo para afirmar la base antisemita de la literatura negacionista. Este último autor afirma que «negacionistas y revisionistas del Holocausto son criticados, porque no son verdaderos historiadores de buena fe y usan la falacia como método y opiniones para promover el anti-Semitismo» [*negationist and revisionist of the Holocaust are contested, because they are not authentic and bona fide historians and use fallacious methods and opinions for promoting anti-Semitic opinion*] (*op. cit.*, p. 629). En el mismo sentido, *cfr.* INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom* [En línea], Report n. 3, 2000. Disponible en: http://www.jpr.org.uk/Reports/CS_Reports/no_3_2000/index.htm; que trata de poner de manifiesto el carácter antisemita inherente a estas expresiones. *Cfr.* también J. L. RODRÍGUEZ, «El revisionismo en torno a las cámaras de gas», *Claves de Razón práctica*, n. 19, 1992, pp. 73-79, quien sostiene que las tesis negacionistas no persiguen un fin en sí mismas, sino que se incorporan en un intento de «blanquear el régimen hitleriano» con fines políticos (p. 73).

con la literatura negacionista, tal y como reconoce Peter R. TEACHOUT, no es que sea una «mala historia, sino que se trata de una mala historia que sirve de propaganda racista o neo-Nazi»⁹⁰.

2.1.2. Los axiomas rectores del ideario negacionista

Por su parte, los autores negacionistas mantienen en común unos axiomas que integran el *corpus* central de su ideario y que, formulados por Austin J. APP⁹¹, han servido al *Institute of Historical Review* de guía para sus trabajos. Según tales axiomas:

1. La solución final consistía en la emigración y no en el exterminio.
2. No existieron las gasaciones en ningún campo de concentración alemán. Los hornos crematorios eran para quemar los cuerpos de las personas muertas por diversas circunstancias, incluidos los muertos por el «genocidio» de los bombardeos anglo-americanos.
3. La mayor parte de los judíos desaparecidos estaban en territorios bajo control soviético y no alemán.
4. Los judíos juzgados por los nazis eran criminales subversivos.
5. Si el Holocausto hubiera existido, la comunidad judía mundial e Israel habrían facilitado la investigación y abierto sus archivos, en lugar de perseguir a todo aquel que pretende desarrollar un trabajo de investigación histórica honesto en torno a la Segunda Guerra Mundial.
6. Los judíos han fallado a la hora de presentar pruebas capaces de probar el genocidio nazi. Muy al contrario, falsifican testimonios como los de Eichmann y otros nazis.
7. La carga de la prueba está de la parte de los «exterministas», que deben probar los 6 millones de víctimas.
8. Las contradicciones presentes en los cálculos demográficos de la historiografía oficial demuestran con certeza la imposibilidad de probar sus tesis⁹².

⁹⁰«Making Holocaust Denial a Crime: Reflections on European anti-negationist laws from the perspective of U.S. constitutional experience», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, p. 665.

⁹¹ *The Six Million Swindle: Blackmailing the German People for Hard Marks with Fabricated Corpses* (1973).

⁹² Los principios formulados por Austin J. APP han sido aquí extraídos de D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust...*, *op. cit.*, p. 99.

Pues bien, a partir de estos axiomas puede ser más fácil reconocer aquellos discursos propiamente «negacionistas».

2.2. Aproximación a la evolución del movimiento negacionista del Holocausto

Se podría decir que los primeros negacionistas del Holocausto⁹³ fueron los propios nazis, que trataron de esconder sus crímenes por diversas vías para que no quedaran huellas de su barbarie⁹⁴. Así, por ejemplo, entre junio de 1942 y finales de 1944, se desarrolló la «*Aktion 1005*» por orden de HIMMLER y al mando del coronel de la SS Paul BLOBEL, que tenía por objeto borrar cualquier evidencia de los asesinatos masivos que se estaban cometiendo⁹⁵. Muy característico resultaba también el lenguaje usado por los nazis, una jerga eufemística con la que se pretendía no reconocer las verdaderas atrocidades que se estaban cometiendo: «misiones especiales de guerra», para referirse a las ejecuciones en masa; «tratamiento especial», para los gaseamientos; «instalaciones especiales», para llamar a las cámaras de gas; o «eutanasia», para denominar a los asesinatos de disminuidos físicos y psíquicos⁹⁶. Aunque, como señala Primo LEVI, tomando palabras de soldados de la SS referidas por Simon WIENSENTHAL que me permito citar *in extenso*, la mejor coartada del negacionismo era la inverosimilitud de la propia magnitud de los crímenes; parecería imposible creer que una sociedad «civilizada» pudiera ser capaz de ejecutar –y tolerar– tamaña inhumanidad:

«De cualquier manera que termine esta guerra, la guerra contra vosotros la hemos ganado; ninguno de vosotros quedará para contarlo, pero incluso si alguno lograra escapar el mundo no lo creería. Tal vez haya sospechas, discusiones, investigaciones de los historiadores, pero no podrá haber ninguna certidumbre,

⁹³ Para profundizar sobre la evolución del movimiento negacionista y sus principales autores, entre otros, *vid.* V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas...*, *op. cit.*, pp. 7-24; J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental...», *op. cit.*, *in toto*; R. S. WISTRICH, voz «Negacionismo», *op. cit.*, *in toto*; R. CALZA, *op. cit.*, *in toto*. También, de manera crítica, D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust...*, *op. cit.*, *in toto*.

⁹⁴ Para una presentación general de esta cuestión, *vid.* J. CRUZ DÍAZ, «Más allá del consecuencialismo: la tutela penal contra el discurso negacionista en Francia», en ÍD Y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 115-118.

⁹⁵ Las unidades de los *Einsatzkommando 1005* se ocuparon de abrir las fosas de cadáveres de las matanzas que se habían cometido para extraerlos y quemarlos, volviendo a rellenar las mismas y plantando sobre ellas.

⁹⁶ Sobre el lenguaje utilizado por los nazis, *vid.* A. BURGIO, *L'invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, Manifestolibri, Roma, 1998, pp. 85-89.

porque con vosotros serán destruidas las pruebas. Aunque alguna prueba llegase a subsistir, y aunque alguno de vosotros llegara a sobrevivir, la gente dirá que los hechos que contáis son demasiado monstruosos para ser creídos: dirá que son exageraciones de la propaganda aliada, y nos creerá a nosotros, que lo negaremos todo, no a vosotros. La historia del *Lager*, seremos nosotros quien la escriba»⁹⁷.

Así las cosas, a partir de julio de 1944 y hasta abril-mayo de 1945 se produjo la liberación de los campos de concentración y exterminio por los ejércitos aliados y con ellas quedaría destapada en su plenitud la barbarie del Holocausto que habían perpetrado los nazis. Poco después, surgirían entonces los primeros negacionistas que, siguiendo las palabras del SS alemán, han tratado de hacer creer a la opinión pública que tales crímenes no habían podido producirse.

No es fácil, sin embargo, lograr una aproximación sistemática a los diferentes negacionistas ya que, aunque puedan compartir una metodología y unos axiomas –como acaba de analizarse-, sin embargo su evolución es dispar. En tal sentido, entre los precursores de este movimiento, a finales de los cuarenta y principios de los años cincuenta del pasado siglo, se encuentran autores con procedencia muy diversa como **Maurice BARDÈCHE**, universitario francés de ideología filo-fascista⁹⁸, o **Paul RASSINIER**, que destacó por su participación en la resistencia francesa⁹⁹. Ambos autores, aunque comenzaron con posiciones ambiguas, terminaron evolucionando hacia posturas puramente negacionistas. Cabe también incluir entre los primeros exponentes del negacionismo, en este caso

⁹⁷ P. LEVI, *Los hundidos y los salvados*, recopilado en ÍD., *Trilogía de Auschwitz*, 3ª ed., El Aleph, Barcelona, 2010, p. 475.

⁹⁸ M. BARDÈCHE se dio a conocer por la publicación *Nuremberg ou la terre promise* en 1948, fecha coincidente con el nacimiento del Estado de Israel, donde denunciaba la distorsión de la historiografía de los vencedores y trataba de descargar de la responsabilidad de la Segunda Guerra Mundial a Alemania; si bien, será en 1950, con su obra *Nuremberg II ou les faux monnayeurs*, cuando retomara las tesis de su primer libro reforzándolas, posicionándose claramente ante lo que consideraba que fue la mentira del Holocausto y negando la existencia de las cámaras de gas. A partir de 1952, y hasta 1982, dirigió también la revista *Défense de l'Occident* de carácter neofascista y antisemita.

⁹⁹ P. RASSINIER partía de procedencia pacifista dentro del ala anarquizante del SFIO, el Partido Socialista Francés. Además, participó en la resistencia francesa y fue deportado a los campos de trabajos forzados primero de Buchenwald y luego de Dora. En su primer libro, *Passage de la ligne* (1948), relataba de manera plausible lo que fueron sus condiciones de vida en los campos de trabajo nazis. En 1950, con su obra *Le mensonge d'Ulysse. Regard sur la littérature concentrationnaire*, fue cuando comenzó a desacreditar los testimonios de los supervivientes de los campos de concentración y a negar la existencia de cámaras de gas. Entre otros estudios, en 1961 publicaría en la misma línea *Ulysse trahi par les siens* y en 1962 *Le Véritable procès Eichmann ou les vainqueurs incorrigibles*. Con su obra *Le Drame des juifs européens*, se ve su fuerte tendencia antisemita y en ella acusa a los judíos de difundir la mentira del exterminio nazi. P. RASSINIER se puede considerar así, aunque no lo sea cronológicamente, el padre del negacionismo.

estadounidense, a **Harry Elmer BARNES**, reconocido historiador revisionista de la I Guerra Mundial de la Universidad de Columbia¹⁰⁰, que, como en los casos anteriores, evolucionó pasando de escritos revisionistas referidos a la II Guerra Mundial, en los que cuestionaba la responsabilidad de misma y relativizaba los crímenes nazis en contraste con los llevados a cabo por los aliados, hasta llegar en los años sesenta a posturas negacionistas¹⁰¹.

En este sentido, sobre todo a partir de los años ochenta y noventa comenzó a expandirse el movimiento negacionista, incluso dentro de las propias aulas universitarias, especialmente en los Estados Unidos, con **David. L. HOGGAN**¹⁰² y **Austin J. APP**¹⁰³, y pseudo-científicos como **Arthur Butz**, profesor de ingeniería electrónica¹⁰⁴; pero también en Francia. El negacionismo francés alcanzó de hecho notable repercusión sobre todo como consecuencia de los procesos penales que se han abierto en este país frente a sus principales exponentes¹⁰⁵. Muy en particular ha destacado **Robert FAURISSON**, con quien se producirá una mediatización de las tesis negacionistas, al tiempo que se comenzaría a ir dando a las mismas un revestimiento pseudo-científico. FAURISSON era profesor de literatura francesa en la Universidad de Lyon y se empezó a interesar por la cuestión de las cámaras de gas

¹⁰⁰ Destacan dos de sus libros: *The Genesis of the World War. An introduction to the problema of War Guilt* (1926) y *In quest of truth and justice. Debunking the War Guilty Myth* (1928), en los que cuestionaba el origen de la I Guerra Mundial por los austro-alemanes y criticaba como pura propaganda algunas campañas anti alemanas.

¹⁰¹ En el 1947 publicó ya un primer panfleto *The struggle against historical blackout*, en el que abogaba por las tesis revisionistas; pasando a dudar directamente de la responsabilidad alemana en otros como *Blasting the Historical Blackout* (1962) o *Revisionism: A key to peace* (1966).

¹⁰² D. L. HOGGAN, fue un discípulo de H. E. BARNES y defendió su tesis doctoral en Harvard en 1948 de la que nació su libro *The Forced War* (1961), donde afirmaba que Hitler no había querido la guerra. Ahora bien, sería con su obra *The Myth of the Six Million* (1969) cuando adquirió rango pleno como negacionista. Una camino que siguió hasta su muerte, con su obra póstuma *Meine Anmerkungen zu Deutschland: Der Anglo-amerikanische Kreuzzugsgedanke im 20. Jahrhundert* (1990), en la que siguió defendiendo la inocencia alemana.

¹⁰³ Ha sido conocido principalmente por su obra *The Six Million Swindle: Black mailing the German People for hard marks with fabricated corpses* (1973), en la que, como se ha visto anteriormente, formulaba las ocho tesis que vienen a codificar el credo negacionista. También ha sido un destacado negacionista, caracterizado por tratar de mantener una línea de apariencia científica

¹⁰⁴ Destacó por su publicación *The Hoax of the Twentieth Century: The case against the presumed extermination of European Jewry*, en la que mantuvo que el Zyklon B usado por los nazis en sus gasificaciones no era más que un insecticida para desinfectar.

¹⁰⁵ Para un análisis más detallado de estos casos, *vid.* R. L. WEAVER, N. DELPIERRE Y L. BOISSIER, «Holocaust Denial and Governmentally Declared “Truth”: French and American Perspectives» [en línea], 2008. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=russell_weaver

y el exterminio nazi a partir de los años setenta¹⁰⁶. Aunque sería a partir de 1978 cuando alcanzó notoriedad mundial como consecuencia del conocido como el «caso Faurisson», derivado de una polémica pública mantenida con historiadores cuestionando el Holocausto y la existencia de cámaras de gas¹⁰⁷, que terminó con su expulsión como profesor universitario e incluso con el sometimiento a varios procesos judiciales¹⁰⁸. Otros casos que han terminado ventilándose en los tribunales, aunque sin ánimo exhaustivo, han sido los de **Roger GARAUDY**, filósofo y político comunista, quien fue castigado por los tribunales franceses, en decisión confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁹, por la publicación en 1995 de la controvertida obra *Les Mythes fondateurs de la politique israelienne*, en la que negaba el Holocausto; o **Pierre MARAIS**, que igualmente vio confirmada su condena por negacionismo por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el año 1996¹¹⁰. También sufrió consecuencias, aunque en este caso en el ámbito académico, **Henri ROQUES**, cuya tesis de doctorado sobre las confesiones de Kurt

¹⁰⁶ En realidad en sus obras previas ya se podía observar un carácter hipercrítico y escéptico, que será el que degenere en su posterior negacionismo. Así, en 1975 escribió *Le journal d'Anne Frank est-il authentique?*, donde trató de demostrar la inautenticidad del diario de Ana FRANK.

¹⁰⁷ Esta polémica tuvo origen en varios artículos publicados en *Le Monde* entre diciembre de 1978 y los primeros meses de 1979. Los mismos levantaron un gran revuelo público y durante los tres años siguientes hubo una continua exposición mediática de las tesis negacionistas y de respuesta por parte de historiadores. En febrero de 1979, 34 historiadores franceses encabezados por Pierre VIDAL-NAQUET firmaron una declaración poniendo de manifiesto los vínculos de FAURISSON con grupos neo-nazis y acusándolo de «ultraje a la verdad». Por su parte, como contrarrespuesta, fueron también notables autores y académicos los que se posicionaron en defensa de la libertad de expresión de FAURISSON. El más destacado ha sido Noam CHOMSKY, quien realizó un artículo afirmando el derecho a investigar y publicar cuestiones impopulares, con un sugerente título: «*Quelques commentaires élémentaires sur le droit à la liberté d'expression*», y que fue utilizado como prefacio al libro de R. FAURISSON *Mémoire en défense contre ceux qui m'accusent de falsifier l'histoire: La question des chambres à gaz* (1980). También salió en su defensa Serge THION en *Vérité historique ou vérité politique?* (1980). Una recopilación de textos en defensa de FAURISSON, se encuentra en C. SALETTA *et al.*, *Il caso Faurisson e il revisionismo olocaustico*, Graphos, Genova, 1997.

¹⁰⁸ En cuanto a los procesos judiciales, se enfrentó a un proceso civil y a dos penales, del 1979 a 1983, y fue condenado por difamación, ultraje y falsificación de la historia. Después de la aprobación de la Ley Gaysot en el año 1990, por la cual, como se verá *infra* Cap. 4, epígrafe 1.1.3, Francia incrimina específicamente las expresiones negacionistas, fue el primer condenado por negación del Holocausto, un asunto que fue confirmado por la Comisión para los Derechos Humanos de la ONU en 1996 en su decisión de 12 de diciembre (*infra* Cap. 3, epígrafe 3.1). En 2006 ha vuelto a ser condenado por una entrevista en la televisión iraní «Sahar 1». Para una cronología del caso Faurisson, *vid. V. PISANTY, L'irritante questione delle camere a gas...*, *op. cit.*, pp. 15-17. Sobre este autor, *vid. J. L. RODRÍGUEZ, «El revisionismo en torno...»*, *op. cit.*, pp. 75-76; y para un análisis de los procedimientos judiciales, *cfr. R. A. KHAN, Holocaust denial and the law. A comparative study*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004, pp. 31-37 y 108-11.

¹⁰⁹ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003. Para un estudio de la misma, *vid. infra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹¹⁰ Decisión de 24 de junio de 1996. Sobre este asunto, *vid. infra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

GERSTEIN, defendida en 1985 en la Universidad de Nant, fue finalmente anulada por irregularidades y falsedad en acto público.

Pero el más célebre entre los negacionistas, también como consecuencia de sus diversos juicios, ha sido el británico **David IRVING**. En sus comienzos D. IRVING era reconocido como escritor de temática histórica, en particular acerca de la Segunda Guerra Mundial¹¹¹, aunque lo que le dio fama mundial fue el proceso judicial por difamación que en 1998 inició contra la historiadora americana Deborah LIPSTADT (y su editor Penguin Books) por su obra *Denying the Holocaust* (1994) en la que lo acusaba de falsificador¹¹². Posteriormente, en 2005, fue condenado en Austria por «trivializar, minimizar y negar el Holocausto», lo que le llevó a permanecer un año en prisión, y pesa sobre él una orden de arresto por infracción de la Ley Gayssot francesa, que incrimina el negacionismo. Tampoco se le permite la entrada a varios países¹¹³. Si bien, resulta interesante destacar que la propia LIPSTADT se ha mostrado en contra de su encarcelamiento para evitar que sea convertido en un mártir¹¹⁴.

Otro autor que adquirió gran notoriedad por los juicios a los que fue sometido ha sido **Ernst ZÜNDEL**, condenado en 1985 por el Juez de la Corte de Distrito de Ontario a 15 meses de prisión con base en el delito de divulgación de noticias falsas tras haber difundido textos como *The Hitler We Loved and y Did six million really Die?* Un proceso que, sin embargo, fue anulado por vicios formales en enero de 1987. En este mismo año como resultado de un segundo proceso volvió a ser condenado a 9 meses de prisión –que no cumple al salir con una caución de

¹¹¹ En 1975 publicaría una conocida biografía de Hitler *Hitler und seine Feldherren* [La versión inglesa se ha titulado «*Hitler's war*» (1977) -la segunda parte fue publicada como *The War Path* en 1978-], en la que trataba de exonerarlo de la responsabilidad del Holocausto. Pero fue a finales de los ochenta cuando desembocó en la negación pura y simple, de manera que en la edición actualizada de *Hitler's War* (1991) omitió cualquier referencia a los campos de concentración.

¹¹² Este proceso fue sentenciado en su contra en el año 2000 (en 2001 fue ratificada la sentencia en apelación), concluyendo el Juez GRAY que la obra de IRVING no puede catalogarse como histórica sino que supone un intento de falsificación deliberada de la misma. Un análisis pormenorizado del proceso contra IRVING se encuentra en D. MULVIHILL, «Irving v. Penguin: Historians on Trial and the Determination of Truth under English Libel Law», *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, vol. 11-1, 2001, pp. 217-256. También, vid. S. FISCH, «Holocaust Denial and Academic Freedom», *Valparaiso University Law Review*, n. 3-35, 2001, pp. 499-524. Haciendo una comparativa entre este caso y el modelo australiano, cfr. L. MCNAMARA, «History, memory and judgment: holocaust denial, the history wars and law's problems with the past», *Sydney Law Review*, vol. 26, 2004, pp. 353-394. En general sobre el debate en torno a Irving, vid. J. L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «El debate en torno a David Irving y el negacionismo del Holocausto». *Cuadernos de Historia Contemporánea*, n. 22, 2000, pp. 375-385. Las transcripciones de todo el procedimiento judicial se pueden encontrar en: <http://www.hdot.org/en/trial/transcripts>

¹¹³ Entre ellos Canadá, Nueva Zelanda, Alemania e Italia.

¹¹⁴ Así se pronunciaba en una entrevista en el diario *The Observer* el 22 de enero de 2006.

10.000 dólares-. En este proceso intervinieron en calidad de testigos negacionistas como David IRVING y Robert FAURISSON, y fue en él donde se presentó la pericia del ingeniero LEUCHTER tratando de sostener la imposibilidad técnica del Holocausto. Sin embargo, esta sentencia también fue anulada en 1992 por la Corte Suprema canadiense que declaró inconstitucional la ley que prohibía la difusión de noticias falsas en virtud de la cual había sido condenado¹¹⁵. Finalmente, tras varios intentos de solicitar la condición como refugiado en Canadá, fue deportado en 2005 a Alemania, donde ha sido juzgado por los Tribunales de este país por incitación al odio racial y negacionismo, siendo condenado en 2007 a cinco años de prisión que ha cumplido hasta su puesta en libertad en marzo de 2010. Por su parte, aunque menos renombrado, otro caso de negacionista que terminaría ante los tribunales en Canadá fue el profesor **James KEEGSTRA**, también condenado en 1984 por sostener en sus clases que el Holocausto fue una invención sionista (la sentencia fue revocada por la Corte de Apelación pero reinstaurada por la Corte Suprema de Canadá)¹¹⁶.

Al margen de la «publicidad» que han alcanzado importantes negacionistas como consecuencia de estos procesos judiciales, éstos se han valido de diferentes medios para dar a conocer sus tesis. A este respecto, uno de los vehículos de mayor importancia para el desarrollo de las tesis negacionistas ha sido el *Institute for Historical Review* (IHR), fundado en 1978 por **Willis CARTO**¹¹⁷ y **William D. MCCALDEN**, con sede en California. Entre sus principales actividades ha estado la organización de un congreso internacional anual *-International Revisionist Conferences-* desde 1979 hasta 2004, y la publicación de la revista pseudocientífica *Journal of Historical Review* (1980-2000). Actualmente difunde su información principalmente a través de su web¹¹⁸ y de *newsletters*. Por su parte, ha sufrido también el único revés judicial tenido por los negacionistas en EEUU en el caso «*Mel Mermelstein*»¹¹⁹. También ha sido característico en los EEUU el intento de extender las tesis negacionistas a través de los periódicos y revistas universitarias. En particular, **Bradley SMITH** ha sido uno de los que a lo largo de los años noventa

¹¹⁵ Sobre el proceso de E. ZÜNDEL, se volverá *infra* Cap. 4, epígrafe 3.2.2.

¹¹⁶ Regina v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697. Sobre esta sentencia *vid. infra* Cap. 4, epígrafe 3.2.1.

¹¹⁷ W. CARTO también fue fundador del ya extinto «*Liberty Lobby*» en 1958 y destaca su publicación *The myth of the six millions* (1969).

¹¹⁸ <http://www.ihr.org/>

¹¹⁹ En su primera conferencia celebrada en 1979 el IHR publicitó una recompensa de 50.000 dólares a quien aportara alguna prueba de los gaseamientos en campos de concentración nazis. Mel MERMELSTEIN, único superviviente de toda su familia del campo de concentración de Auschwitz, presentó su testimonio como prueba viviente, si bien no fue admitido por el IHR que se negó a darle el premio. Así, éste decidió recurrir ante los tribunales californianos que, tomando «judicial notice» de los gaseamientos nazis como un hecho notorio, finalmente condenaron al IHR. A este respecto, *vid. R. A. KHAN, Holocaust denial and the law..., op. cit., pp. 22-31.*

más ha difundido textos negacionistas en este ámbito a través del «*Committee for Open Debate on the Holocaust*»¹²⁰, tratando de conmovir el ideal de pluralismo y libertad de los jóvenes universitarios bajo la invocación del valor de la primera enmienda¹²¹.

En Europa se pueden destacar algunas librerías o editoriales como, por ejemplo, la librería parisina *La Vieille Taupe*, posteriormente también casa editorial, donde se agruparon autores como **Pierre GUILLAUME** y **Serge THION**¹²²; o la española *Librería Europa*, regentada por **Pedro VARELA**, que ha dado lugar a varios procesos judiciales en España¹²³, aunque en este país el negacionismo no ha tenido gran acogida¹²⁴. Otras fuentes de propaganda negacionista en España la editorial *García Hispan*¹²⁵ y el portal de internet «*Nuevo Orden*»¹²⁶; o algunas revistas como *Nuevo Mundo NS* y *Bajo la Tiranía*, entre otras. En el caso italiano el negacionismo ha sido tardío y se ha difundido a partir de la traducción de las principales obras de este género por algunas casas editoriales -en su mayoría radicadas en Parma-¹²⁷. No obstante, son otros muchos los negacionistas que han

¹²⁰ Vid. su web: <http://www.codoh.com/>

¹²¹ Sobre esta cuestión, vid. K. LASSON, «Holocaust denial and the first amendment: the quest for truth in a free society», *GEO. MASON L. REV.*, vol. 6:1, 1997, pp. 44-49; y R. A. KHAN, *Holocaust denial and the law...*, op. cit., pp. 121-135.

¹²² Ambos autores dirigen hoy día una de las mayores páginas web de contenido negacionista, la AAARGH: <http://www.vho.org/aaargh/index.html>. S. THION ha sido expulsado en el año 2000 del «*Centre National de la Recherche Scientifique*» (CNRS), donde venía desempeñando su actividad desde 1971 y habría sido sometido a varios procedimientos judiciales.

Otros negacionistas franceses son: Alain GUIONNET, fundador de la revista *Revision*; Vincent REYNOUARD, fundador de la revista *Nouvelle vision* y condenado en 2010 en Francia bajo la Ley Gaysot; y Jean PLANTIN, editor de la revista *Akribieia* y también condenado en 2004. Destacar, por último, dos importantes revistas francesas de corte negacionista: *Annales d'Histoire Révisionniste* (1987-1990) y la *Revue d'Histoire Révisionniste* (1990-1992).

¹²³ Sobre estos procesos, uno de los cuales derivó en la STC 235/2007 por la que se declaró parcialmente inconstitucional el delito que incrimina el negacionismo en España (art. 607.2 Cp.), véase en profundidad *infra* Cap. 6, epígrafes 5 y 6.

¹²⁴ Uno de los autores más destacados sería Joaquín BOCHACA, con escritos como *El mito de los seis millones* (1978). También señalar a Enrique AYNAT, con textos como *El holocausto a debate, respuesta a César Vidal* (1995) y *Los protocolos de Auschwitz: ¿una fuente histórica?* (1990). Es digno de reseñar cómo Cesar VIDAL, mientras que mantiene posturas claramente revisionistas respecto de la Guerra Civil española, sin embargo es un crítico del negacionismo del Holocausto. Por ejemplo, puede verse de este autor: *El Holocausto* (2003).

¹²⁵ Vid.: <http://herederosgarciahispan.blogspot.com/>

¹²⁶ A fecha de la presentación del presente trabajo no podía acceder a su webside. Se han encontrado otras similares como: <http://nuevoordenmundialreptiliano.blogspot.com.es/2013/11/holocausto-sionista-y-pornografia.html>; o <https://elnuevordenmundial.wordpress.com/category/holocausto/>

¹²⁷ Así, la editorial *La Sfinge*, la cual ha sido una de las más proliferas en la edición de obras del género revisionista y negacionista. En Parma también se sitúa la casa *All'insegna del Veltro* que distribuye todo tipo de materiales filonazis y negacionistas. Y en Monfalcone (Trieste) se

difundido sus obras por los más diferentes medios en Europa¹²⁸ y fuera de ella¹²⁹. Asimismo, el negacionismo del Holocausto se trata de un fenómeno global, por lo que, por un lado, ha encontrado en Internet una plataforma «libérrima» a través de la cual distribuir mundialmente sus tesis vulnerando con gran facilidad los límites estatales y burlando así sus sanciones¹³⁰, pero, por otro, resulta reseñable la cobertura que han encontrado los negacionistas del Holocausto entre algunos países islámicos enemigos de Israel, y en concreto Irán¹³¹.

encontraría la editorial más relevante de extrema derecha, fuertemente antisemita: *Sentinella d'Italia*. Destacan también *Edizioni di Ar* de Padova, la editorial de Milán *Le Rune* y la editorial de extrema izquierda *Graphos*. Entre los autores negacionistas italianos se podrían citar a Giorgio PISANÒ, historiador de extrema derecha, con su obra *Mussolini e gli ebrei* (1967), y Carlo MATTOGNO, con un gran número de artículos publicados de esta índole. También, si bien con un perfil de izquierdas, estaría Cesare SALETTA, de quien se puede destacar su libro *Per il revisionismo storico contro Vidal-Naquet* (1993), en el que polemiza contra los exterministas y contra Pierre VIDAL-NAQUET. Sobre el negacionismo en Italia, vid. F. GERMINARIO, voz «Negazionismo in Italia», en W. LAQUEUR (dir.) / A. CAVAGLION (dir. de la edición italiana), *Dizionario dell'Olocausto*. Giulio Einaudi, Turín, 2004, pp. pp. 503-507; y, del mismo autor, *Estranei alla democrazia...*, *op. cit.*, pp. 59-89.

¹²⁸ Así, por ejemplo, se pueden destacar algunos negacionismos como Amil ARETZ (*Hexen-Einmal-Eins einer Lüge* (1970)) y, en especial, Thies CHRISTOPHERSEN (*Die Auschwitz-Lüge. Ein Erlebnisbericht* (1973 [1974?]) y *Die Auschwitz-Lüge. Ein Erlebnisbericht* (1978)). Otro negacionista alemán de relevancia será Wilhelm STÄGLICH que en 1979 publicó *Der Auschwitz-Mythos. Legende oder Wirklichkeit?*; o Udo WALENDY, editor de la revista *Historische Tatsachen*, el cual se ocupó de la presunta falsificación del material fotográfico de los aliados. También han destacado, Gerd HONSIK y Walter OCHENSBERGER (Austria); los hermanos VERBEKE y su asociación *Vrj Historisch Onderzoek – VHO-* (Bélgica); Ditlieb FELDERER y Ahmed RAMI (Suecia); o Jürgen GRAF, Gaston-Armand AMAUDRUZ y René-Louis BERCLAZ (Suiza). Sobre el negacionismo en Europa *cfr.* J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental...», *op. cit.*, p. 235. Y sobre el negacionismo en Inglaterra, para una visión general, *vid.* M. WHINE, «*Holocaust denial in the United Kingdom*», en J. H. BRINKS, S. ROCK, Y E. TIMMS (ed.), *Nationalist Myths and Modern Media. Contested Identities in the Age of Globalisation*, MacMillan, Londres-Nueva York, 2005, pp. 69-81. Disponible en: <http://www.thecst.org.uk/docs/Holocaust%20Denial%20in%20the%20UK.pdf>. También, *vid.* INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom*, *op. cit.*

¹²⁹ No se puede olvidar tampoco el negacionismo que desde muy temprano se cultivó en hispanoamérica (entre otros, por ejemplo, Salvador BORREGO, Salvador ABASCAL, Norberto CERESOLE, Alexis LÓPEZ TAPIA o Miguel SERRANO); o casos más exóticos como ha sido el negacionista japonés Aiju KIMURA.

¹³⁰ A este respecto, *vid.* B. LIDSKY, «Where's the Harm?: Free speech and the regulation of lies», *Washington and Lee Law Review*, vol. 65, 2008, pp. 1099. En general sobre la libertad de expresión en Internet y la posibilidad de imponer mecanismos censores, permito remitirme mi trabajo: «Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 25, 2001, pp. 81-103.

¹³¹ Sirva como ejemplo la «*Conferencia Internacional para la Revisión de la Visión Global del Holocausto*» celebrada los días 11-12 de diciembre de 2006 en Teherán y en la que fueron acogidos algunos de los principales negacionistas. Sobre los motivos políticos del negacionismo iraní, *vid.* el breve comentario de Y. CARMON, «The role of Holocaust denial in the ideology and strategy of the

En último lugar quisiera destacar un grupo de negacionistas caracterizados por su activa militancia política, vinculada a grupos de extrema derecha y antisemitas. Es el caso, en los EE.UU., del antiguo dirigente del KKK, **David DUKE**¹³²; o de **Richard HARWOOD** (pseudónimo de Richard VERALL), exponente de la extrema derecha inglesa¹³³; o el eurodiputado **GOLLNISCH**, también condenado por los jueces franceses por cuestionar los crímenes nazis en decisión confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁴.

En definitiva, a lo largo de esta breve exposición se ha podido comprobar cómo el negacionismo del Holocausto ha incorporado desde historiadores revisionistas que degeneraron en el más puro negacionismo, a pseudo-científicos o directamente a personas que se vinculan a estas tesis como parte de un discurso netamente político. Un movimiento que difunde sus tesis de manera global, valiéndose de editoriales, librerías y centros de estudio específicos y que en Internet ha encontrado un extraordinario vehículo; aunque ha sido gracias a los diversos procesos judiciales suscitados contra algunos de sus exponentes donde ha ganado una mayor publicidad.

Iranian regime». *Memri-Middle East Media Research Institute* [en línea], 2006. Disponible en: www.memri.org.

El antiguo presidente AHMADINEJAD afirmó que el Holocausto se trataba de un «mito inventado por Occidente» y situó su país como un centro para la investigación científica libre sobre el pretendido genocidio nazi. Sobre esta cuestión, vid. las noticias de *El País* «El presidente iraní califica el Holocausto de “mito inventado por Occidente”», de 14 de diciembre de 2005 [http://www.elpais.com/articulo/internacional/presidente/irani/califica/Holocausto/mito/inventado/Occidente/elpporint/20051214elpepuint_4/Tes] y «Los negacionistas acaparan el seminario sobre el Holocausto organizado por Irán», de 13 de diciembre de 2006 [http://www.elpais.com/articulo/internacional/negacionistas/acaparan/seminario/Holocausto/organizado/Iran/elpepiint/20061213elpepiint_17/Tes]. Muy revelador es también el texto de la entrevista al Presidente iraní en el diario *Der Spiegel*, el 13 de junio de 2006, traducida al italiano en la web: http://www.lapatriagrande.net/03_paises/iran/almadinajad.htm

No obstante, esta posición parecería haber cambiado con el nuevo presidente iraní. A este respecto puede verse la noticia «El presidente de Irán condena “la masacre de judíos” en el Holocausto», *El Mundo*, 25 de septiembre de 2013. Texto accesible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/25/internacional/1380130948.html>

¹³² D. DUKE tiene un notable camino de intervenciones antisemitas y negacionistas, ha mantenido una importante actividad política, ha sido el promotor del «*New Orleans Protocol*» (NOP) y en 2005 defendió su tesis doctoral en historia en una universidad privada ucraniana (Interregional Academy of Personnel Management –MAUP-), conocida como «la universidad del odio» por su carácter marcadamente antisemita. Vid. su página web: <http://www.davidduke.com/>

¹³³ Publicó en 1974 un panfleto que alcanzó gran difusión titulado *Did six million really Die?*, en el que indicaba que la solución final era sólo deportar a los judíos y que Núremberg había sido una comedia vergonzosa.

¹³⁴ Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 7 de junio de 2011, que será estudiada *infra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

3. Respuestas frente a los «asesinos de la memoria»: el anti-negacionismo ante un «pasado que no pasa»¹³⁵

La extensión de las tesis negacionistas, unida a la mencionada expansión de ideologías y movimientos racistas y xenófobos, ha generado una grave preocupación social, académica y, también, política y jurídica. Se aclama la necesidad de rechazar social y políticamente estas tesis, no se puede permitir que los nazis logren que su último asesinato sea la propia muerte de la memoria¹³⁶.

En este sentido, cabe destacar el notable grupo de historiadores, y en general de académicos, que ha decidido ir desmontando las tesis sostenidas por los negacionistas, tanto en el fondo como en los métodos empleados por los mismos, para evitar que con ellas se pueda envenenar la conciencia de la sociedad. Ahora bien, discuten sobre el negacionismo, pero no con los negacionistas, como bien indica VIDAL NAQUET¹³⁷. Dentro de este movimiento de «anti-negacionistas académicos» encontramos algunos nombres que irán resultando conocidos, como es el caso, por citar algunos ejemplos de referencia, del mencionado Pierre VIDAL NAQUET, de Deborah LIPSTADT o de Valentina PISANTY. Autores que se han dispuesto a poner de manifiesto la falta de rigor y crédito de los negacionistas y que pretenden afrontar así las mentiras sobre un pasado que no debe pasar.

También cabe destacar la importancia que han tenido a estos efectos películas y documentales que han venido a enseñar al gran público lo ocurrido, sobre todo a generaciones que no vivieron directamente la tragedia¹³⁸; y, en este

¹³⁵ DI GIOVINE se refiere a este «*passato che non passa*» («Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale», en ÍD. Y S. SICARDI (dir.), *Democrazie imperfette: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, G. Giapichelli, Turín, 2005, T. 1, p. XIII-XXVIII) y en términos similares E. FRONZA usa como expresión que «*the past has not passed*» en «The punishment of negationism...», *op. cit.*, p. 611.

¹³⁶ Se le atribuye a David MATAS, Consejero Mayor de la Liga por los Derechos Humanos de la organización B'nei B'rith de Canadá la frase: «El último asesinato del Holocausto, fue el asesinato de la Verdad...» (M. SINAI, «Manual para la enseñanza del Holocausto y guía de recursos didácticos y pedagógicos», *Proyecto Final presentado al departamento académico de la Escuela de Estudios Sociales y Humanidades como parte integral del doctorado en Educación*, Atlantic International University. Honolulu (Hawái), marzo de 2010, p. 119. Disponible en: <http://www.aiu.edu/applications/DocumentLibraryManager/upload/Tesis%20Mario%20Sinay.pdf>).

¹³⁷ En concreto, VIDAL NAQUET afirma que «se puede y se debe discutir acerca de los “revisionistas”, se pueden analizar sus textos tal como se hace la anatomía de una mentira; se puede y se debe analizar su lugar específico en la configuración de las ideologías, preguntarse el porqué y el cómo de su aparición, pero no se discute con los “revisionistas”» (*Los asesinos de la memoria*, *op. cit.*, p. 15).

¹³⁸ Un listado con algunas de estas películas se puede encontrar en: <http://www.un.org/en/holocaustremembrance/filmseries.shtml>

mismo sentido, se han desarrollado numerosos programas divulgativos para la educación y memoria del Holocausto, así como a través de las nuevas tecnologías son muchos los portales que recopilan información y estudios anti-negacionistas¹³⁹. No cabe duda de que cuanto más informada esté la sociedad de lo ocurrido más impermeable resultará a las falacias negacionistas¹⁴⁰.

Tal es la conciencia de la necesaria respuesta anti-negacionista que las propias instituciones públicas han venido a promover algunas de estas iniciativas educativas e incluso han ido más allá para entrar a dar un reconocimiento político más amplio. Así, a lo largo de los últimos años han proliferado las resoluciones y declaraciones institucionales, algunas vehiculizadas a través de leyes, que vienen a condenar el genocidio nazi y proclaman días de la memoria para su recuerdo y conmemoración de sus víctimas¹⁴¹. En este sentido, la ONU en el año 2005 aprobó una resolución¹⁴² por la cual designaba el 27 de enero como «Día Internacional de Conmemoración anual en memoria de las víctimas del Holocausto» y en la que instaba a los Estados a rechazar toda negación del Holocausto y a iniciar programas educativos de divulgación (entre ellos el programa «El Holocausto y las Naciones Unidas»). Algo por lo que también se ha preocupado la UNESCO, que igualmente ha desarrollado programas sobre el recuerdo y la enseñanza sobre el Holocausto¹⁴³. En el año 2007 la Asamblea General de la ONU¹⁴⁴ volvió a

¹³⁹ Es el caso, por ejemplo, del grupo *Pratique de l'histoire et dévoiements négationnistes* [<http://www.phdn.org/index.html>]; de la web «*Holocaust Denial on Trial*» [<http://www.hdot.org/>], en la que se puede encontrar una completa información sobre los procesos judiciales frente a los negacionistas; y del «Equipo Nizkor» [<http://www.nizkor.org/>], dedicado al antinegacionismo. También, para la divulgación y enseñanza del Holocausto, destacan las webs del programa «El Holocausto y las Naciones Unidas» [<http://www.un.org/en/holocaustremembrance/index.shtml>]; del programa de la UNESCO *Education for Holocaust remembrance* [<http://www.unesco.org/new/en/education/themes/leading-the-international-agenda/human-rights-education/holocaust-remembrance/>]; o las del *Holocaust Memorial Museum* de los EEUU [<http://www.ushmm.org/>] y del *Task Force for international cooperation on Holocaust education, remembrance, and research*, ahora reconvertida a *International Holocaust Remembrance Alliance* [<http://www.holocaustremembrance.com>].

¹⁴⁰ A este respecto puede resultar interesante atender a los datos sobre conocimiento ciudadano acerca del Holocausto que muestran ciertos estudios norteamericanos y, en particular, a la polémica suscitada por una encuesta encargada por el *American Jewish Committee* a la *Roper Organization* en la que se concluía que un gran número de americanos dudaba de la existencia del Holocausto; datos que produjeron una extraordinaria preocupación política. No obstante, estudios posteriores han demostrado que el grado de desconocimiento acerca del Holocausto y de desconfianza hacia su verdadera existencia no es tan alto, y que los resultados de aquella encuesta podrían haberse visto deformados por la mala formulación de las preguntas. Sobre esta cuestión, *vid.* T. W. SMITH, «The Holocaust Denial Controversy», *Public Opinion Quarterly*, vol. 59, n. 2, 1995, pp. 269-295.

¹⁴¹ A este respecto, *vid.* las leyes citadas *supra* Cap. 1, epígrafe 2.

¹⁴² Resolución de la Asamblea General A/RES/60/7, de 1 de noviembre.

¹⁴³ Resolución de la UNESCO 34c/61, de 1 de noviembre de 2007.

pronunciarse sobre el negacionismo del Holocausto para «condenar sin reservas cualquier negación del Holocausto» (sic). El Parlamento Europeo, por su parte, en el año 2000 y en el 2005, aprobó sendas declaraciones sobre la memoria del Holocausto¹⁴⁵, rindiendo homenaje a sus víctimas, instando a la educación acerca del mismo y condenando las posturas negacionistas. Y son muchos los países que también se han sumado a fijar días y otros eventos para la memoria del Holocausto¹⁴⁶.

Una respuesta político-institucional que ha terminado entrando de lleno en el terreno puramente jurídico, e incluso en el ámbito estrictamente sancionador. Los Estados se han decidido a cerrar las puertas al negacionismo recurriendo a la ley penal, llegando a modificar sus normativas para incorporar tipos penales que incriminan específicamente las conductas negacionistas y que, como se ha visto, han llevado a numerosos negacionistas a ser condenados en procesos penales. Junto al «anti-negacionismo» académico y político, aparece así este «anti-negacionismo» jurídico-penal que será el objeto central del presente estudio.

¹⁴⁴ Resolución A/RES/61/255, de 26 de enero.

¹⁴⁵ Declaración del Parlamento Europeo de 7 de julio de 2000 sobre la conmemoración del Holocausto y Resolución del Parlamento Europeo de 27 de enero de 2005 sobre la memoria del Holocausto y sobre el antisemitismo y el racismo.

¹⁴⁶ En España, por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2004, se viene a establecer también el día 27 de enero como «Día Oficial de la Memoria del Holocausto y la Prevención de los Crímenes contra la Humanidad». En Italia igualmente se ha reconocido el día 27 como «Día de la Memoria», fijado en este caso por la Ley nº 111 del 2000, para recordar el exterminio del pueblo judío, las leyes raciales y la persecución de judíos italianos. Otros países han asumido también la celebración de días de la memoria del Holocausto, bien sea el propio 27 de enero (el caso de Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Grecia, Irlanda, Liechtenstein, Noruega, Reino Unido, Suecia y Suiza), o en otras fechas (10 de marzo, Bulgaria; 19 de abril, Polonia; 4-5 mayo, Holanda; 5 mayo, Austria; 8 de mayo, Bélgica; 4 de julio, Letonia; 16 de julio, Francia; 9 de septiembre, República Eslovaca; 23 de septiembre, Lituania; 9 de octubre, Rumanía; 10 de octubre, Luxemburgo). Fuente: Fondazione CDEC, Centro di Documentazione Ebraica Contemporanea [www.cdec.it].

PARTE 2ª.- LA LUCHA DEL DERECHO CONTRA EL NEGACIONISMO

SECCIÓN I.- ESTUDIO COMPARADO

CAPÍTULO 3

Marco internacional y europeo en la lucha contra el negacionismo

Como se exponía en el capítulo anterior, la sociedad, la academia, pero también las instituciones políticas han querido dar respuesta al fenómeno negacionista. De tal suerte que es el momento ahora de afrontar la respuesta normativa que se ha dado al negacionismo, prestando particular atención a la legislación penal, por haber resultado ésta a la que los Estados han recurrido principalmente –frente a otras posibilidades de reacción en los ámbitos civil o administrativo-.

Así las cosas, el presente capítulo se centrará en el concreto estudio de las medidas jurídicas diseñadas a nivel internacional y europeo para el castigo de las manifestaciones negacionistas y los conflictos de índole constitucional que las mismas han presentado. Se comenzará entonces con un análisis del marco normativo internacional de referencia, atendiendo tanto a los instrumentos internacionales como al Derecho europeo, a nivel del Consejo de Europa y de la propia Unión Europea¹⁴⁷. Posteriormente se estudiarán las decisiones de los tribunales internacionales que se han pronunciado sobre la sanción de este tipo de fenómeno, y, por último, se dejará para el próximo capítulo el análisis de la legislación concreta de los principales Estados democráticos frente al fenómeno negacionista. En la segunda sección de esta parte se entrará en un estudio más

¹⁴⁷ Para una visión de esta normativa internacional y europea contra el negacionismo *cfr.* también E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, pp. 58-78; o P. BARGIACCHI, «Cenni sulle tendenze Della prassi internazionale ed europea in tema di negazionismo», *Rivista Della Cooperazione Giuridica Internazionale*, n. 29, Mayo-2008, pp. 70-86. En general contra la discriminación xenófoba, *cfr.* 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, pp. 57-80; y E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, pp. 274 y ss.

profundo de los ordenamientos italiano y español y en la específica respuesta que los mismos han planteado a este género de discursos.

1. Instrumentos internacionales: Naciones Unidas y Consejo de Europa

1.1. Ámbito de las Naciones Unidas

En el ámbito de las Naciones Unidas no se encuentra ningún instrumento internacional que, fuera de las declaraciones con valor político ya presentadas¹⁴⁸, venga a prescribir obligaciones jurídicas para el castigo de las expresiones negacionistas, a pesar de lo cual no es extraño encontrar intentos de fundamentación de esta específica legislación sobre la base de compromisos internacionales, ya sea en el marco de la lucha contra la xenofobia y la discriminación o directamente para la prevención de crímenes de genocidio. Es por ello que conviene acercarse a estos instrumentos para atender a los tipos concretos de conductas cuya sanción prescriben y conocer hasta qué punto los mismos implican una exigencia de incriminación de las conductas negacionistas. Y es que una cosa es que las figuras anti-negacionistas puedan relacionarse o incluso encontrar un nexo en su fundamentación con estos compromisos internacionales, y otra bien distinta es que su castigo venga exigido por los mismos.

1.1.1. *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948*¹⁴⁹

La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948 todavía hoy se erige como uno de los principales instrumentos internacionales para combatir los crímenes de genocidio e impone a los Estados firmantes el castigo de toda una serie de conductas relacionadas con estos delitos. Entre las mismas no se impone, como se decía, ninguna obligación de sanción frente a conductas que supongan una negación o justificación de estos delitos, como sí que exige el castigo de los actos de «instigación directa y pública a cometer genocidio» (art. III.c), así como de otros actos preparatorios a cometer este delito como la «tentativa» y la «complicidad» en el genocidio (art. III d y c).

¹⁴⁸ *Vid. supra* Cap. 2, epígrafe 3.

¹⁴⁹ Adoptada y abierta a firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 240 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951. Texto en español disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>

Un ejemplo de aplicación de esta normativa se encuentra en las actuaciones del Tribunal Penal Internacional para Rwanda¹⁵⁰ que, en varios casos, ha condenado por actos de instigación al genocidio. Destacan la condena impuesta en 1998 a Jean KAMBANDA (ICTR-97-23), ex primer ministro del gobierno ruandés, por instigación al genocidio a través de la emisora de radio ruandesa RTLM¹⁵¹ o, también en relación con esta misma radio, las condenas a los directivos de la misma Ferdinand Nahimana (ICTR-96-11), Jean-Bosco BARAYAGWIZA (ICTR-97-19) y Hassan NGEZE (ICTR-97-27)¹⁵². Esta radio fue un importante centro de emisión de propaganda contra los tutsis y de incitación a la violencia, llegando a llamar al exterminio de este grupo y a la guerra final contra los mismos, en una atmósfera que dio lugar al genocidio ruandés¹⁵³.

1.1.2. Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965¹⁵⁴

Este convenio diseña el marco básico de la lucha contra la xenofobia a nivel internacional y en concreto su artículo 4º exige la sanción de actividades de propaganda o difusión de ideas racistas y de los actos de incitación a la discriminación racial, pero también sin referencias específicas a las conductas negacionistas. En concreto las conductas sancionadas por este Convenio serían:

«Artículo 4º:

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente

¹⁵⁰ Constituido por el Consejo de Seguridad de la ONU en la resolución 955 de 8 de noviembre de 1994. Para cualquier información sobre el mismo puede consultarse su página web: <http://www.unictr.org>

¹⁵¹ Sentencias de 4 de septiembre de 1998 y en apelación el 19 de octubre de 2000.

¹⁵² Sentencias de 3 de diciembre de 2003 y en apelación el 28 de noviembre de 2007.

¹⁵³ Sobre esta cuestión *vid.* J. F. METZL, «Rwandan genocide and the International Law of Radio Jamming», *The American Journal of International Law*, vol. 91, n. 4, 1997, pp. 628-651 y J. HOLLANDER, *Hate speech. A historical inquiry into the development of its legal status*, A. de BAETS/Mr. Toby MENDEL (dir.), *Tesis de Máster*, University of Groningen, Noviembre 2007, pp. 73-88.

¹⁵⁴ Adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A(XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor el 4 de enero de 1969. Texto en español accesible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>

enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.».

1.1.3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁵⁵

Tampoco se encuentran en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos referencias expresas a las conductas que supongan la negación o justificación del genocidio o de otros crímenes, que, conforme al mismo, sólo quedarían castigadas en la medida que adquirieran relevancia «apologética» o «instigadora». Así, su artículo 20 viene a declarar prohibido cualquier género de propaganda a favor de la guerra y toda forma de apología al odio en la medida que la misma sea constitutiva de incitación a la discriminación o a la violencia.

«Artículo 20:

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.».

1.2. Ámbito del Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa el único instrumento vinculante que se refiere de manera expresa a las conductas negacionistas es el **Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos de**

¹⁵⁵ Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Texto en español accesible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

28 de enero de 2003¹⁵⁶, cuyo artículo 6 impone la sanción penal de conductas de «negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad», en los siguientes términos:

«Artículo 6 – Negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad:

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar la siguiente conducta como delito en su derecho interno, cuando se cometa intencionadamente y sin derecho:

Difundir o poner a disposición del público o de otro modo, por medio de un sistema informático, material que niegue, minimice burdamente, apruebe o justifique actos constitutivos de genocidio o crímenes contra la humanidad, tal como se definen en el derecho internacional y reconocidos como tales por una decisión definitiva y vinculante del Tribunal Militar Internacional, constituido en virtud del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, o de cualquier otro tribunal internacional establecido por los instrumentos internacionales pertinentes y cuya jurisdicción haya sido reconocida por esa Parte.

2. Cualquiera de las Partes podrá:

a. Exigir que la negación o la minimización burda a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se cometa con la intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquier de esos factores, o bien

b. Reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1 del presente artículo.».

Resulta interesante desgranar los elementos con los que el Protocolo caracteriza las conductas que deberán ser incriminadas. Así, deberán ser sancionadas las conductas de difusión pública de materiales de contenido negacionista a través de medios informáticos (ya que éste es el ámbito del mencionado protocolo). Este tipo de material viene definido como aquel que venga a negar, minimizar burdamente, aprobar o justificar actos constitutivos de genocidio o de crímenes contra la humanidad, pero sólo en la medida que hayan sido así reconocidos judicialmente por un tribunal penal internacional. Reseñar que el castigo de este género de conductas supera la sanción del fenómeno del negacionismo del Holocausto para golpear en general cualquier expresión de negacionismo de un genocidio o de otros graves crímenes contra la humanidad.

¹⁵⁶ Adoptado el 28 de enero de 2003. Texto en español accesible en: https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/media/Legislacion/Protocolo_adicional_convencion_cibecrimen.pdf. Texto oficial en inglés: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>

Eso sí, tales conductas, para resultar sancionables, deberán haber sido realizadas «intencionadamente y sin derecho». El requisito de la «intencionalidad» parece querer enfatizar que para poder castigar estas conductas el sujeto ha de tener conocimiento efectivo del contenido del material que está difundiendo. Por su parte, la mención a la realización de tales conductas «sin derecho» vendría a reconocer que es posible que la difusión de este género de materiales negacionistas pueda darse legítimamente, algo que especialmente podrá ocurrir cuando se entienda que la conducta es meritoria de protección por la libertad de expresión.

Ahora bien, el apartado 2º ofrece la posibilidad de que los Estados sólo sancionen las conductas negacionistas cuando las mismas sean realizadas con la «intencionalidad» de incitar al odio, a la discriminación o a la violencia por razón de ciertos motivos discriminatorios¹⁵⁷. De esta manera, a *sensu contrario*, se pone de manifiesto cómo las conductas negacionistas cuya sanción se requiere con carácter general no tienen por qué resultar en sí mismas o pretender tal incitación al odio o a la discriminación. El castigo del negacionismo, como será estudiado posteriormente, puede tener un punto de convergencia con el *hate speech*, pero éste no constituye un elemento definitorio para el castigo de las conductas negacionistas tal y como se recogen en la configuración básica ofrecida por el apartado 1º del Protocolo adicional¹⁵⁸.

En cualquier caso, por lo que hace a la fuerza vinculante de este Protocolo adicional en cuanto al castigo de las conductas negacionistas, el mismo permite en la letra b) del apartado 2º que los Estados se reserven el derecho a no aplicar el artículo.

Por su parte la **Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)** también se ha manifestado a favor de la sanción expresa de las conductas negacionistas en varias de sus recomendaciones de política general¹⁵⁹. De esta

¹⁵⁷ La descripción del tipo refiere específicamente que el acto se cometa «con la intención de incitar al odio...» lo que llevaría a construir una figura delictiva a «dolo específico» y de «resultado cortado», en la que el momento de la consumación sería la difusión del material negacionista, pero debiéndose constatar además esa intención del autor de que se diera el resultado de «incitar» a otros para que realicen actos de odio o violencia contra personas o grupos definidos por unas características étnicas, religiosas, etc. Sobre esta cuestión se volverá más adelante, en Cap. 7, epígrafe 3.3.3.

¹⁵⁸ *Vid. infra* Cap. 7, epígrafe 1.2.

¹⁵⁹ Una compilación de las recomendaciones de política general de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) se puede encontrar en español en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/compilations_en/compilation%20recommandation%201-10%20esagnol%20cri07-38.pdf

suerte, la **Recomendación nº 7 de política general de la ECRI, de 13 de diciembre de 2002, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial**, llama en su apartado 2º a que constitucionalmente se restrinja el ejercicio de la libertad de expresión, reunión y asociación con objeto de combatir el racismo y, en el apartado IV¹⁶⁰, recomienda entonces que la legislación penalice, cuando se cometan de manera intencionada, conductas de «negación, banalización, justificación o aprobación en público, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra», y las de distribución pública, o la producción o almacenamiento con la intención de distribuir tales materiales. De forma similar, la **Recomendación nº 9 de política general de la ECRI, de 25 de junio de 2004, sobre la lucha contra el antisemitismo** llama también a la incriminación de este tipo de conductas cuando vayan referidas al Holocausto o a otros crímenes contra la humanidad o de guerra cometidos contra personas por motivo de su identidad u origen judíos¹⁶¹.

¹⁶⁰ **«IV. Derecho penal:**

18. La legislación debería penalizar los siguientes actos cuando se cometan con intencionalidad:

- a) incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación,*
- b) insultos en público y difamación, o*
- c) amenazas*

contra una persona o una categoría de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico;

d) la expresión en público, con un objetivo racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico.

e) la negación, banalización, justificación o aprobación en público, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

f) la divulgación o distribución pública o la producción o almacenamiento con la intención de divulgar o distribuir públicamente, con objetivo racista, material escrito, gráfico o de cualquier otra índole que contenga manifestaciones de los tipos descritos en los apartados 18 a), b), c), d), y e).» (énfasis míos).

¹⁶¹ En concreto, se recomienda a los Estados que: «Aseguren que el derecho penal en el ámbito de la lucha contra el racismo abarque el antisemitismo y penalice los siguientes actos antisemitas cuando se cometan intencionadamente:

- a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación contra una persona o grupo de personas por motivo de su identidad u origen judíos;*
- b) insultos y difamación en público de una persona o grupo de personas por motivo de su identidad u origen judíos reales o presuntos;*
- c) amenazas contra una persona o grupo de personas por motivo de su identidad u origen judíos reales o presuntos;*
- d) la expresión en público, con un objetivo antisemita, de una ideología que desprecie o denigre a una agrupación de personas por motivo de su identidad u origen judíos;*
- e) la negación, trivialización, justificación o aprobación en público del Holocausto;*
- f) la negación, trivialización, justificación o aprobación en público de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra cometidos contra personas por motivo de su identidad u origen judíos;*

2. Normativa de la Unión Europea: La Decisión marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal

La Unión Europea ha sido el organismo supranacional que de manera más determinante ha promovido el castigo del negacionismo, especialmente a través de la Decisión marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Esta normativa se encuentra sin embargo en los límites de las competencias de la Unión Europea¹⁶² e incide directamente en ámbitos particularmente sensibles para los

g) La difusión o distribución públicas, o la producción o el almacenamiento encaminados a la difusión o distribución públicas, con un propósito antisemita, de material escrito, con imágenes o de cualquier otro material que contenga las manifestaciones abarcadas en los puntos a), b), c), d), e), f) anteriores,

h) [...]

aseguren que la legislación penal abarque crímenes antisemitas cometidos por Internet, televisión satélite u otros medios modernos de información y comunicación.» (énfasis míos).

¹⁶² Con esta Decisión marco se desarrolla hasta casi su agotamiento el tercer pilar de la Unión Europea vigente hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, como reconoce 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, p. 115 y ss. Sobre las competencias en materia penal de la Unión Europea también *vid.* M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2011, especialmente pp. 265 y ss.. El art. 29 Tratado de la Unión Europea (TUE) –versión consolidada de 2006- prescribía dentro de las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal que entre los objetivos de la Unión estaría también «*la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia*»; algo que podía lograrse a través de «*la aproximación, cuando proceda, de las normas penales de los Estados miembros en materia penal*». Asimismo, el art. 31.e) recogía que la Acción común en materia penal podría incluir «*la adopción de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas*»; aunque no refería específicamente la lucha contra el racismo y la xenofobia. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 cambiará notablemente la arquitectura institucional y el sistema de fuentes de la Unión Europea. Actualmente si se quiere encontrar una competencia en materia penal de la Unión Europea hay que dirigirse a los artículos 82 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) – versión consolidada de 2012-. Es en concreto el art. 83 el que prescribe en su primer apartado que se «*podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes*». Ahora bien, precisa *ex lege* en el segundo párrafo del mismo apartado aquellos «*ámbitos delictivos*» en los que se podrán dar tales medidas penales a nivel europeo, y, sin embargo, no recoge la lucha contra el racismo y la xenofobia (refiere por ejemplo el terrorismo, la trata de seres humanos o la explotación sexual). El tercer párrafo permite incluir otros ámbitos delictivos exigiéndose para ello pronunciamiento por

Estados miembros que exigen una cautelosa intervención por parte de la Unión: en primer lugar, al pretender la armonización legislativa de normas penales, y, en segundo, porque con ellas se restringe el ejercicio de libertades fundamentales. De ahí que el resultado sea una normativa compleja, característica de los compromisos europeos por su carácter abierto y amplio, que ha exigido de un largo proceso de negociación entre los Estados miembros, los cuales mantenían posiciones y partían de realidades muy diferentes en el contexto de los movimientos negacionistas y en el reconocimiento y valor que cada ordenamiento constitucional presta a la libertad de expresión. Todo lo cual dificulta poder entrar a definir un auténtico bien jurídico europeo¹⁶³ que justifique la intervención penal a este nivel supranacional, por más que se comparta la *ratio* que fundamenta la Decisión marco para la lucha contra el racismo y la xenofobia. En cualquier caso, en este apartado se tratará únicamente de presentar esta normativa, de gran valor en la medida que ofrece una importante base para dibujar el castigo del negacionismo a nivel europeo¹⁶⁴, ello aunque se deje la valoración última de la reconstrucción de este delito para capítulos posteriores, ya con una visión completa del fenómeno y de su regulación.

unanimidad del Consejo previa aprobación del Parlamento. El apartado 2º reconoce la posibilidad de adoptar normas mínimas sobre infracciones penales y sus sanciones cuando la aproximación de las disposiciones legales «*resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión*». Por su parte, el art. 67.3 TFUE fija como uno de los objetivos de la Unión que ésta se esforzará por garantizar «*un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha contra de ellos*». Las versiones consolidadas de los Tratados han sido consultadas en la web: http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/new_overview_treaties.htm#overview

¹⁶³ En relación con la distinción entre bienes jurídicos supranacionales y bienes jurídicos de interés común, a partir de una lectura de la justificación de la intervención penal europea para la sanción del negacionismo, *vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, pp. 124 y ss.

¹⁶⁴ P. LOBBA reconoce que «[a]l di là della sua ambigua forza vincolante -che ha portato al superamento delle azioni comuni- l'atto va segnalato perché offre la prima definizione a livello europeo di condotte riconducibili al fenomeno negazionista» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 129).

2.1. El fatigoso iter hasta el nacimiento de la Decisión marco y sus antecedentes

2.1.1. Antecedentes: La Acción Común 96/443/JAI del Consejo, de 15 de julio de 1996

Ya desde 1977, con la Declaración conjunta del Parlamento, del Consejo y de la Comisión referente a la protección de los derechos fundamentales y al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁶⁵, la Unión Europea mostraba su preocupación por (y su condena de) las diferentes formas y expresiones de intolerancia, racismo y xenofobia¹⁶⁶. Una condena que se tradujo entonces en la exigencia a los Estados miembros de que adoptaran medidas de índole penal para combatir el racismo y la xenofobia, y, como conducta particular de este género, contra de las manifestaciones negacionistas. Se optó por el recurso al ámbito penal al entender, como la propia Comisión ponía de manifiesto, que esta rama del Derecho resulta un importante instrumento para su combate en la medida que, «aparte de su aspecto punitivo, las medidas de derecho penal tienen una fuerza disuasoria significativa» (sic)¹⁶⁷.

Es en este marco en el que en el año 1996 la Unión Europea adoptó la **Acción común 96/443/JAI relativa a la actuación contra el racismo y la xenofobia**¹⁶⁸, que por primera vez venía a exigir a los Estados que incriminaran, entre otras conductas, las manifestaciones negacionistas. En concreto, en el Título I de esta Acción común se disponía:

¹⁶⁵ Declaración de 5 de abril de 1977 (DO C 103 de 27.4.1997, p.1).

¹⁶⁶ Sobre las declaraciones y compromisos de la Unión Europea a este respecto, *vid.* la exposición de motivos de la COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, 28.11.2001, COM(2001) 664 final. También, *Cfr. supra* Cap. 2, epígrafe 3.

¹⁶⁷ Exposición de motivos de la COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, 28.11.2001, COM(2001) 664 final.

¹⁶⁸ Acción Común 96/443/JAI de 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre las bases del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Diario Oficial n° L 185 de 24/07/1996 p. 0005 – 0007. Texto en español accesible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0443:ES:HTML>

«Título I:

A. *Para facilitar la lucha contra el racismo y la xenofobia, cada Estado miembro se compromete, según el procedimiento previsto en el título II, a garantizar la cooperación judicial efectiva en lo que respecta a las infracciones basadas en los siguientes comportamientos y, si fuere necesario para llevar a cabo dicha cooperación, bien a hacer que dichos comportamientos sean objeto de sanciones penales, o bien, en caso contrario, y a la espera de la adopción de las disposiciones necesarias, a establecer una excepción al principio de la doble incriminación por lo que respecta a dichos comportamientos:*

a. *La incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto de un grupo de personas o de un miembro de dicho grupo definido mediante una referencia de color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico;*

b. ***La apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos;***

c. ***La negación pública de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anejo al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 en la medida en que ello incluya un comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico;***

d. *La difusión y distribución públicas de escritos, imágenes u otros soportes que contengan manifestaciones racistas o xenófobas;*

e. [...]

B. [...]

C. *Nada de lo establecido en la presente Acción común afectará a las obligaciones que puedan tener los Estados miembros en virtud de los instrumentos internacionales que se citan a continuación. Los Estados miembros aplicarán la presente Acción común de conformidad con dichas obligaciones, y las definiciones y los principios contenidos en esos instrumentos les servirán de referencia a la hora de aplicarla:*

- *El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.*

- *La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967.*

- *El Convenio de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948.*

- *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 7 de marzo de 1966.*

- *Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos I y II de 12 de diciembre de 1977.*

- *Las Resoluciones nos 827(1993) y 955(1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.*

- *La Resolución del Consejo, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional (1), en casos de diligencias penales relativas a los comportamientos contemplados en el apartado A, si se hubiere citado a testigos en otro Estado miembro.»* (énfasis míos).

La Acción común exigía así en su letra c) a los Estados miembros que dispusieran de medidas penales para castigar las conductas de «negación pública» de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad tal y como venían definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Además, las conductas debían quedar incriminadas sólo en la medida en que las mismas incluyeran un «comportamiento despectivo o degradante» con respecto a un grupo de personas, el cual debía estar definido por su color de piel, por su raza, religión o por el origen nacional o étnico de sus miembros. Tales expresiones ofensivas debían de esta manera dirigirse contra un grupo definido de una forma concreta. No es, por tanto, que el motivo de la ofensa fueran tales cualidades –es decir, por ser de una «raza», etc.-, sino que el grupo al que se refiriera debía caracterizarse como un «grupo sensible» por esas condiciones. Notar que la Acción común sólo castigaba las expresiones negacionistas de los crímenes de la segunda Guerra Mundial –en realidad para los cometidos por los países del Eje europeo-, quedando fuera de la exigencia de castigo otros discursos negacionistas referidos a otros genocidios o crímenes contra la humanidad. En este último caso para tales discursos sólo se exigiría el castigo si se diera una «apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos», según la letra b) del mismo precepto.

Por su parte, la Acción común permitía a los Estados que no dispusieran de estas figuras penales, en la medida que su objetivo se centraba en la cooperación judicial, poder cumplir los propósitos de la misma estableciendo una excepción al principio de doble incriminación para que ningún Estado se pudiera convertir en lugar de acogida de personas que otros países quisieran juzgar por tales delitos. Aún así, Reino Unido y Dinamarca realizaron declaraciones expresas a esta Acción común por las cuales sólo se comprometían a castigar estas conductas en la medida que tuvieran carácter «amenazador, ofensivo o insultante» y, en el caso del Reino Unido, además exigía que «se llev[aran] a cabo con intención de fomentar el odio racial o exista posibilidad de que así sea». Una regulación que, en cualquier caso, se ha visto superada con la aprobación de la Decisión marco de 2008.

2.1.2. La propuesta por la Comisión de una Decisión marco para la lucha contra el racismo y la xenofobia de 28 de noviembre de 2001

Por Resolución de 21 de septiembre de 2000¹⁶⁹ el Parlamento Europeo instaba a que se adoptara una Decisión marco que reemplazara la Acción común; requerimiento que haría efectivo la Comisión Europea presentando su **propuesta de Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia el 28 de noviembre de 2001**¹⁷⁰, con el propósito de «asegurarse de que el racismo y la xenofobia son castigados en todos los Estados miembros mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias...» y de lograr así una cooperación judicial a este respecto.

Esta propuesta de Decisión marco extendía la lista de actos cuya incriminación se imponía en la Acción común de 1996 y no se dejaba opción, como ocurría en la Acción común, entre la tipificación de los comportamientos y la excepción al principio de doble incriminación, obligando a adoptar medidas para castigarlos en cada Estado. No obstante, se trataba de una armonización de «mínimos»¹⁷¹. Y, además, las exigencias de incriminación no podían afectar a ninguna obligación impuesta a los Estados miembros en virtud de otros instrumentos internacionales y se debía garantizar el respeto a las libertades fundamentales, en particular a la libertad de expresión y a las libertades de reunión y asociación¹⁷². Unas afirmaciones que ponían ya de manifiesto cómo la Comisión era consciente de las dificultades para algunos Estados a la hora de incriminar ciertas conductas que se encontraban en la frontera con el ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

Así las cosas, el artículo 4º de esta propuesta recogía los «delitos de carácter racista y xenófobo» y exigía a los Estados miembros la incriminación de, por un lado, conductas de incitación pública a la violencia o al odio por motivos racistas o cualquier otro comportamiento racista o xenófobo que fuera susceptible de causar

¹⁶⁹ DO L 146 de 17.5.2001, p. 110.

¹⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, 28.11.2001, COM(2001) 664 final.

¹⁷¹ En palabras de la Comisión se establece «la armonización mínima necesaria para garantizar que la legislación nacional es suficientemente amplia y que puede desarrollarse la cooperación judicial» (Exposición de motivos de la COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, 28.11.2001, COM(2001) 664 final).

¹⁷² Así lo reseñaba la propia Comisión en la exposición de motivos a su propuesta pero sin una referencia concreta en el articulado más allá del considerando 15, en el cual se venía a afirmar el respeto a los derechos fundamentales y a los principios reconocidos por el Convenio europeo de protección de los derechos humanos (en particular los artículos 10 y 11) y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

un perjuicio sustancial a los individuos o grupos afectados; los insultos o amenazas hacia individuos o grupos por motivos racistas; o la mera difusión o distribución pública de escritos imágenes u otros soportes que contuvieran manifestaciones racistas o xenófobas. Y, por lo que más interesa a este trabajo, sancionaba tanto la apología pública como el negacionismo, en los siguientes términos:

«(c) la apología pública con fines racistas o xenófobos de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como vienen definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional;

(d) la negación pública o la banalización de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 en la medida en que ello pueda perturbar el orden público;».

La propuesta de Decisión marco pretendía introducir importantes novedades con respecto a la Acción común en la criminalización de las expresiones negacionistas. En primer lugar, al igual que la Acción común, castigaba los discursos negacionistas únicamente referidos a los crímenes definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional según el Acuerdo de Londres de 1945; pero, a diferencia de aquella, propondrá que se incriminen no sólo las conductas de pura «negación» sino también la «banalización». Se requería también que fueran conductas «públicas»¹⁷³. Además, en un vuelco importante a la naturaleza del delito, tales discursos debían ser castigados no por resultar despectivos o degradantes, sino en la medida que pudieran «perturbar el orden público». A este respecto señalaba la Comisión Europea en el comentario que hacía en la exposición de motivos de la propuesta que «las modificaciones respecto al texto de la Acción común de 1996 están inspiradas en gran medida por el derecho alemán, que tipifica no sólo la negación, sino también la trivialización de los crímenes contemplados, cuando pueda suponer una perturbación del orden público. Esto debe interpretarse teniendo en cuenta el potencial de perturbación del orden público». No se exigía ningún tipo de motivación específica para estas conductas ni tampoco que fuera específicamente referida a un «grupo diana». Como ocurría con

¹⁷³ Llama la atención que la calificación como «públicas» sólo se imponga para el caso de la negación, pero no se predique respecto a la banalización. Algo que parece poder ser atribuido a un error de traducción. Y es la voluntad del legislador sería la de tipificar aquellas expresiones que vayan y puedan tener unos efectos sociales, no las meras manifestaciones privadas. En este sentido, atendiendo a las diferentes traducciones, nos encontramos con que en el texto en inglés se refiere a «*public denial or trivialisation*» y en francés habla de «*la négation publique ou la minimisation*», mientras que en italiano sí que lo traduce como «negare o minimizzare pubblicamente», calificando claramente a ambos verbos. Sobre esta cuestión se volverá al analizar el texto definitivo (epígrafe 2.2. en este Cap.).

la Acción común, los discursos referidos a otros crímenes de genocidio, de guerra o contra la humanidad, definidos en este caso según el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, sólo se prescribía su castigo en tanto en cuanto supusieran una «apología pública» (*public condoning*) de tales crímenes (letra c); es decir, no se pretendía la sanción del mero negacionismo o de la trivialización de esos otros crímenes sino que las expresiones debían suponer al menos un ensalzamiento o justificación de éstos (o de sus autores) –que es como se puede entender en sentido propio la expresión «apología»-. Se requería además que tal apología se diera «con fines racistas o xenófobos», para vincular así su contenido injusto a la finalidad de la propuesta de Decisión marco de combatir el racismo y la xenofobia.

Por su parte, las penas para estos delitos debían ser de «privación de libertad por un período que no podrá ser inferior a los dos años» (art. 6.3). Así leída, esta cláusula no dejaba claro cómo debe ser entendido este límite, ya que podría interpretarse o que el límite máximo de las penas tenía que ser como mínimo de dos años, o que el límite mínimo habría de ser tal. De nuevo la traducción en otros idiomas arroja luz a la cuestión al traducir este precepto como «penas de prisión de una duración máxima no inferior a dos años»¹⁷⁴.

Por último, destacar que el art. 5 llamaba a la sanción de las conductas de inducción, complicidad o tentativa de los delitos del art. 4, creando así una peculiar figura la de la inducción a la «instigación», a la «apología» o a la «negación».

2.1.3. El peregrinaje legislativo: debates en el Parlamento y en el Consejo

A pesar de que la Comisión lanzaba su propuesta de Decisión marco instada por el propio Parlamento Europeo, la tramitación legislativa de la misma se convirtió en un complejo peregrinaje que se alargó durante siete años¹⁷⁵. Sobre todo en sede del Consejo las discusiones fueron arduas para llegar a puntos de encuentro ante una cuestión tan delicada que comprometía aspectos básicos del orden constitucional de los diferentes Estados. Sólo con muchas cesiones y concesiones propias de las dinámicas europeas y con el impulso final dado por la Presidencia alemana en el primer semestre del año 2007 se logró la aprobación definitiva de la misma ya en el año 2008.

¹⁷⁴ En inglés: «*deprivation of liberty with a maximum penalti that is not less tan 2 years*»; o en italiano: «*pene detentive di una durata massima non inferiore a due anni*».

¹⁷⁵ La mayor parte de la información sobre la tramitación legislativa de una norma comunitaria se puede encontrar a través de la base de datos de la Comisión Europea «prelex»: <http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm?CL=es>. También a través del «Observatorio Legislativo del Parlamento Europeo»: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/home/home.do>.

La primera consulta al Parlamento y al Consejo se produjo con la elevación de la propuesta de la Comisión en noviembre de 2001. En abril de 2002 se pronunció por primera vez el Consejo y en julio se adoptó el dictamen en lectura única del Parlamento¹⁷⁶, dando su aprobación pero con enmiendas. En particular la enmienda nº 12 del Parlamento pretendió buscar una mayor cualificación de las conductas referidas en las letras c) y d) del art. 4º según la propuesta de la Comisión: respecto del apartado c) se pedía que se incluyera que la conducta de apología pública fuera punible «cuando las palabras o el comportamiento en cuestión sean insultantes, injuriosos o amenazantes y estén motivados por el racismo o la xenofobia»; y en el caso de las conductas negacionistas del d), «cuando dicha negación o banalización esté motivada por el racismo o la xenofobia y sea injuriosa, insultante o amenazante o se realice de un modo que pueda perturbar el orden público». La justificación que se ofrecía a tales enmiendas era tratar de poner de manifiesto «que los delitos se comenten por un motivo, o con intención, racista o xenófobo. De este modo está más claro cuándo hay delito y se evita su persecución en caso de que, por ejemplo, se distribuya material racista o xenófobo con un fin legítimo (por ejemplo, una conferencia en la universidad durante un curso de historia) [...] La enmienda pretende asimismo facilitar la persecución de un delito de negación del holocausto (letra e), pero sin llegar a hacer de él un delito formal»¹⁷⁷. El Parlamento Europeo reconocía además la dificultad que podían comportar estas obligaciones de sanción penal para los Estados y en su enmienda 5ª al considerando 15 pedía que se recogiera que: «En consecuencia, y teniendo en cuenta el principio de subsidiaridad, los Estados miembros deben disponer de un amplio margen de apreciación en la ejecución y aplicación de la presente Decisión marco».

¹⁷⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución legislativa sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, 04.07.2002, COM(2001) 664 – C5- 0689/2001 – 2001/2070(CNS), P5_TA(2002)0363.

¹⁷⁷ La justificación a tales enmiendas no se encuentra en la resolución final del Parlamento Europeo sino que hay que dirigirse a COMISIÓN DE LIBERTADES Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES, *Informe sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, de 24 de mayo de 2002, A5-0189/2002. En este informe se recoge también una opinión minoritaria muy crítica con este proyecto normativo en la que se afirma que la persecución de estos delitos lleva a un cuestionamiento de los principios liberales «por leyes que imponen la incriminación de las “convicciones”, típica del totalitarismo»; y añade esta opinión que a las penas de prisión impuestas por la Decisión marco «debería seguir coherentemente la quema en la plaza pública de una parte considerable de la literatura y del arte mundiales. Para alegría de los movimientos populistas y antieuropeos, la tolerancia volteriana del “no estoy de acuerdo con lo que usted dice, pero lucharé hasta el final para que pueda decirlo” se ve atropellada por una locura euroburocrática mucho más peligrosa que el “monstruo” que dice combatir» (opinión minoritaria presentada por Marco CAPPATO).

Estas enmiendas fueron sin embargo rechazadas por la Comisión y se abrió entonces un profundo debate en el seno del Consejo. En los debates entre 2002 y 2005 la discusión se centró en tratar de coonestar la incriminación de tales conductas y los principios de libertad de expresión y asociación, para lo cual se buscaron algunas fórmulas de compromiso que recogían que las exigencias punitivas derivadas de la Decisión marco no podían comprometer los principios constitucionales y valores de los Estados miembros; aunque finalmente no se llegaron a acuerdos definitivos¹⁷⁸. En marzo de 2003 la Delegación italiana presentó una versión alternativa del proyecto de Decisión marco que tampoco obtuvo el apoyo del resto de delegaciones. En 2005 se decidió incorporar el examen de esta Decisión marco como una cuestión de urgencia aunque se debió dar tiempo a los nuevos Estados miembros para examinarlo¹⁷⁹. Será en mayo de 2005 cuando se alcanzara el conocido como «compromiso de Luxemburgo»; un texto que serviría para «recomenzar» las negociaciones pero con sustanciales reformas con respecto a la propuesta de la Comisión y sobre el cual tampoco se terminó por alcanzar un acuerdo final¹⁸⁰.

Entre las modificaciones pretendidas por esta propuesta, el que pasaba a ser artículo 1 de la Decisión marco regulaba las conductas objeto de estudio de la siguiente forma:

«Artículo 1.

1. [...]

c) la apología pública, la negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tal y 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,[...];

d) La apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de abril 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 [...];

¹⁷⁸ A este respecto, *vid.* OBSERVATORIO LEGISLATIVO DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Nota de los debates en el Consejo*, 28.11.2002, 2001/0270(CNS), y OBSERVATORIO LEGISLATIVO DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Nota de los debates en el Consejo*, 27.02.2003, 2001/0270(CNS).

¹⁷⁹ *Vid.* OBSERVATORIO LEGISLATIVO DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Nota de los debates en el Consejo*, 24.02.2005, 2001/0270(CNS).

¹⁸⁰ Para conocer estos debates se han tenido en cuenta los documentos: «8994/1/05 REV 1 ADD 14 DROIPEN 24», «8994/1/5 REV 1 LIMITE DROIPEN 24» y «8994/1/5 REV 1 ADD 1 LIMITE DROIPEN 24».

2. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión marco por el Consejo, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hacen referencia las letras c) y d) del apartado 1 serán punibles sólo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos [...] por resolución firme de un tribunal nacional de un Estado miembro o de un tribunal internacional.»¹⁸¹.

Dentro de estos notables cambios destaca el paso a regular tanto en las conductas de la letra c) como de la letra d) las expresiones de «apología pública», «negación» o «trivialización flagrante», las cuales se debían dirigir además contra una persona o grupo de personas definido por unas características (raciales, étnicas, nacionales, etc.). El artículo 2 también introducía como cambio el que se debiera castigar la incitación de las conductas, no de todas las letras del artículo 1, sino únicamente de las letras c) y d). El artículo 3.2 fijaba que se castigarían con «una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo», y, muy importante, el artículo 7 determinaba que la Decisión marco no podría afectar a los derechos y principios fundamentales ni podría exigir a los Estados que adoptaran delitos que contradijeran sus normas constitucionales¹⁸².

Por su parte, el artículo 8 ofrecía la posibilidad de excluir la responsabilidad criminal de tales conductas cualificando las mismas bajo ciertas circunstancias. Especialmente permitía excluir de responsabilidad las conductas que se llevaran a cabo de forma «tal que tenga pocas posibilidades de incitar a la violencia o al odio contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo previstos en el artículo 1», o cuando «no se trate de una conducta de carácter amenazador, insultante o abusivo».

En propuestas posteriores se alcanzaría también un acuerdo para que los Estados pudieran limitar el castigo de las conductas de las letras c) y d) a los casos en los que las mismas fueran referidas a crímenes establecidos tanto «por resolución firme de un tribunal nacional del Estado miembro de que se trate o de

¹⁸¹ Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, 8994/1/5 REV 1 LIMITE DROIPEN 24, 27 de mayo de 2005.

¹⁸² **«Artículo 7. Normas constitucionales y principios fundamentales.**

1. La presente Decisión marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, inscritos en el artículo 6 del Tratado constitutivo de la Unión Europea.

2. La presente Decisión marco no podrá tener por efecto exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan sus normas constitucionales y principios fundamentales relativos a las libertades de asociación, de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad.».

un tribunal internacional» como «únicamente por resolución firme de un tribunal internacional»¹⁸³.

Sin embargo, continuó sin llegarse a un acuerdo después de varias propuestas transaccionales y los intentos de sacar adelante un texto para la Decisión marco se alargaron hasta 2007, ya bajo presidencia alemana¹⁸⁴. Las principales discusiones se situaban en esos momentos en limitar el ámbito típico no sólo a conductas de carácter «amenazador, insultante o abusivo», sino también a aquellas que por su naturaleza pudieran «perturbar el orden público». También se discutía la posibilidad de exclusión de responsabilidad para aquellas conductas negacionistas que tuvieran pocas posibilidades de incitar a la violencia o al odio contra un grupo o un miembro de tal grupo. Por su parte, algunos Estados miembros solicitaron que se ampliara la responsabilidad penal para conductas negacionistas cuyo origen no estuviera basado en motivos racistas o xenófobos, algo que se dirigía en particular frente a los crímenes que por motivos políticos se habían cometido bajo el régimen soviético con el que están particularmente sensibilizados los países del Este ya incorporados a la Unión Europea en esos momentos¹⁸⁵. Finalmente, en su sesión de abril de 2007¹⁸⁶ el Consejo logró una orientación general que permitió elevar al Parlamento un nuevo texto para que, vistas las sustanciales reformas introducidas, volviera a pronunciarse.

¹⁸³ Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, 1 de junio de 2005, 8994/1/5 REV 1 ADD 1 LIMITE DROIPEN 24.

¹⁸⁴ A este respecto, entre otros, *vid.* los documentos «5118/07 LÍMITE - DROIPEN 1», «7742/07 DROIPEN 24», «8180/1/07 REV 1 DROIPEN», «8180/2/07 DROIPEN 29», «8544/07 DROIPEN 34», «11522/07 DROIPEN 68».

¹⁸⁵ Para lograr el compromiso a este respecto se acordó incluir un considerando en el que se hiciera referencia a que la Decisión marco no impide que los Estados puedan ampliar el ámbito de las conductas típicas admitiendo «otros criterios distintos de los de raza, religión, ascendencia u origen étnico o nacional, como por ejemplo la posición social o las convicciones políticas»; y, además, se aprobaba incluir una declaración que debería constar como anexo al acta del Consejo en la que se adoptara la Decisión marco, con el siguiente texto:

«La Decisión marco se refiere a los delitos de incitación pública al odio y a la violencia y a la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La presente Decisión marco se limita a los delitos cometidos por motivos de raza, color, religión ascendencia u origen étnico o nacional. No se refiere a los delitos cometidos por otros motivos, por ejemplo por regímenes totalitarios.

El Consejo invita a la Comisión a que estudie la presente Decisión marco e informe al consejo al cabo de dos años de la entra en vigor de la Decisión marco de si es preciso un instrumento adicional relativo a la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra dirigidos contra un grupo de personas definidas por criterios distintos de la raza, color, religión, ascendencia u origen étnico o nacional.»

¹⁸⁶ A este respecto, *vid. Comunicado de prensa*, Sesión de 19 y 20 de abril de 2007, Consejo de Justicia y Asuntos de Interior 8364/07 (Presse 77).

El Parlamento Europeo siguió por su parte su propia línea y en una recomendación de julio de 2007 invitó al Consejo a «excluir la noción de perturbación de orden público, ya que no se asienta sobre una definición exacta de este concepto, y definir el comportamiento amenazante, injurioso o insultante con arreglo al que los Estados miembros podrán decidir si el comportamiento es punible o no»¹⁸⁷. En este sentido, en la resolución legislativa para dar su último dictamen¹⁸⁸, el Parlamento introdujo una enmienda 6ª que proponía que los Estados pudieran optar por castigar tales conductas únicamente si se llevaban a cabo de forma «amenazadora, abusiva o insultante», y suprimía la referencia a la «perturbación del orden público». En su enmienda 8ª consideraba que en el apartado 2º del artículo 1 debía dejarse sólo «por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional». Y en la enmienda 15 sobre el artículo 7.2 que se refiere al respeto de los principios fundamentales de los Estados miembros, pedía que se incluyera «comunes», lo que parece que trataría de restringir las posibilidades de los Estados de alegar su propia tradición constitucional para evitar transponer plenamente los compromisos de la Decisión marco. Del mismo modo resulta muy ilustrativa de la posición del Parlamento la opinión del ponente de esta Decisión marco, la diputada Martine ROURE, quien afirmaba en el informe de la comisión de Libertades civiles, justicia y asuntos de interior del Parlamento que sería recomendable que se suprimiera la limitación de que las conductas negacionistas sólo se sancionaran cuando éstas «puedan incitar a la violencia o al odio», ya que «[l]a trivialización del crimen de genocidio es una forma de racismo y los Estados miembros deben estar en condiciones de sancionarla aunque no presente un riesgo de incitación al odio o a la violencia»¹⁸⁹.

¹⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Recomendación al Consejo sobre una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo acerca de la evolución de las negociaciones sobre la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, de 21 de junio de 2007, 2007/2067(INI).

¹⁸⁸ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución legislativa sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, de 29 de noviembre de 2007, 11522/2007 – C6 – 0246/2007 – 2001/0270(CNS).

¹⁸⁹ COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR, *Informe sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, 14.11.2007, A6-0444/2007.

2.2. La Decisión marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008¹⁹⁰

Siete años después de la presentación de la propuesta por la Comisión, en el Consejo de 27-28 de noviembre de 2008 se adoptaba formalmente la Decisión marco. El resultado final, como se ha ido indicando, variará sustancialmente con respecto a la propuesta de la Comisión y, como suele ocurrir con los acuerdos europeos, al final adolece de un carácter tan abierto para recoger posturas tan diversas que en realidad, más allá de su fuerza simbólica, cambia poco el panorama; o, dicho de otro modo, obliga más bien a poco a los Estados miembros que quieran seguir siendo reacios a dar una regulación expresa que castigue las conductas negacionistas. En cualquier caso, mejor entrar en el texto concreto para su análisis sin adelantar conclusiones. Téngase en cuenta también que la presentación que aquí se haga vendrá referida únicamente a los aspectos sustantivos de la tipificación de las manifestaciones negacionistas, sea de la regulación de la conducta típica como de la pena.

Así las cosas, en primer lugar, se debe comenzar por descifrar el texto definitivo del artículo 1º que viene a recoger el elenco de conductas que deben quedar incriminadas, para luego desgranar la conducta básica cuyo castigo prescribe la Decisión marco, como las formas de cualificación que permite:

«Artículo 1.- Delitos de carácter racista y xenófobo

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

¹⁹⁰ El texto definitivo en español de la Decisión marco se puede encontrar en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008F0913:ES:HTML>

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» (énfasis míos).

2.2.1. Diseño básico del delito de negacionismo ofrecido por la Decisión marco: el castigo del negacionismo en la lógica de la lucha contra el racismo y la xenofobia

La Decisión marco define en primer lugar unas conductas básicas para castigar discursos negacionistas, pero no de cualquier discurso negacionista del Holocausto o de otros genocidios, sino que circunscribe el diseño de la conducta típica negacionista exigiendo que concurren los elementos característicos de los delitos propios de la legislación contra el «discurso del odio». Así las cosas, el texto definitivo de la decisión marco reúne en las letras c) y d) las conductas de «apología pública», «negación» y «trivialización flagrante» que tengan por objeto o 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» (letra c); o «los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres», por tanto los crímenes cometidos por los países del Eje en la II Guerra Mundial –especialmente el Holocausto nazi- (letra d). Esta versión definitiva altera en este punto la propuesta originaria de la Comisión que seguía la línea de la Acción común, al castigarse ahora el negacionismo no sólo de los crímenes de la II Guerra Mundial. El cambio en el sentido político-criminal es importante, ya que se decide ampliar el

espectro punitivo a la negación de crímenes con los que, por muy repulsivos que resulten, seguramente no existe la sensibilidad que se da en la sociedad europea con respecto al Holocausto nazi¹⁹¹. Además, se utiliza una descripción amplia de las conductas típicas que abarca el precepto desde la mera negación a otras manifestaciones menos severas como puede ser la trivialización o minimización, aunque ésta se exige que al menos se realice de forma «flagrante»¹⁹². Por «apología»¹⁹³ se entenderán las manifestaciones de enaltecimiento, justificación o aprobación de tales crímenes. Al tratarse de una regulación de mínimos, si los Estados están obligados a sancionar conductas más livianas como la mera minimización, en buena lógica se añade que deban también castigar otras conductas más graves como es la apología de los mismos¹⁹⁴. Las conductas deberán ser realizadas «públicamente» para que se exija su sanción¹⁹⁵.

Pero la Decisión marco, al construir el tipo básico de conductas que deberán ser castigadas, prescribe dos requisitos adicionales, los cuales como se ha dicho conectan con la construcción propia de los delitos contra el «discurso del odio»: las manifestaciones sancionadas deberán así, a) ir dirigidas contra una persona o grupo de personas definido por motivos religiosos, raciales, por su ascendencia,

¹⁹¹ A este respecto señala E. FRONZA que «[i]n tal modo muta il volto della fattispecie di negacionismo, che subisce un'estensione non solo quanto all'oggetto della tutela, ma anche rispetto alla dimensione temporale dei crimini di cui si occupa: non si tratta più esclusivamente di fatti collocabili nella storia europea, appartenenti a una pagina già letta e sedimentata in questa chiave del nostro passato, ma anche di crimini attuali o appartenenti a un passato del tutto prossimo a noi ancora oggetto di riflessione» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 72).

¹⁹² Se utiliza aquí el término flagrante como un hecho «de tal evidencia que no necesita pruebas (acepción 3ª según el Diccionario de de la Lengua Española de la Real Academia en su 22ª edición). En otras lenguas se utiliza sin embargo el término «groseramente» [*grossly* (EN)/*grossière* (FR)/*grossolana* (IT)]. La idea es en cualquier caso la misma: con uno u otro término se busca que sólo sean objeto de sanción las trivializaciones o minimizaciones más graves.

¹⁹³ En inglés se usa el término «*condoning*», mientras que tanto en francés como en italiano se recurre a la palabra «*apologie*» y «*apologia*» respectivamente.

¹⁹⁴ *Vid. infra* Cap. 7, epígrafe 3.2.

¹⁹⁵ Se debe aclarar aquí nuevamente la traducción española de la Decisión marco, ya que en la misma el término «pública» viene referido únicamente a la conducta de «apología» y se deja fuera al resto de acciones («la apología pública, la negación o la trivialización flagrante»). Una readacción adecuada del precepto debería haber presentado el término «público» (bien en su forma adjetival o adverbial) calificando a las tres conductas. Así se hace claramente en el resto de traducciones: en inglés no se utiliza «*public condoning*», sino su forma adverbial que claramente afecta a las tres conductas «*publicly condoning, denying or grossly trivialising crimes of genocide*»; en italiano se hace una traducción más libre y el requisito de la publicidad se incluye posteriormente («*l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini [...], dirette pubblicamente contro un gruppo di persone*»); y en francés «*l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques*». Como ya quedara señalado anteriormente, no parece que este precepto pretendiera la sanción de conductas realizadas en la intimidad, sino aquellas que pueden afectar a terceros y, por tanto, que se realizan de forma pública. También *vid. infra*, Cap. 7, epígrafe 3.2.3.

étnia u origen nacional; y, b) deberán ser idóneas para incitar a la violencia o al odio contra tal persona o grupo. En cuanto al primero de los requisitos, no se trata ni de una exigencia de que tales manifestaciones se realicen por motivos racistas ni de que tengan tal contenido; se requiere únicamente que se refieran o dirijan contra un grupo o personas identificado o identificable de forma particular por sus circunstancias. Como se ha dicho previamente, serían grupos que se caracterizan por una «especial vulnerabilidad» («grupos diana»). Ello se relaciona también con la segunda exigencia típica, ya que tales manifestaciones han de poder incitar al odio o a la violencia contra los mismos. Ahora bien, la interpretación de este último requisito es discutible: en primer lugar, ha de tratarse de un potencial instigador «indirecto», toda vez que las conductas de «instigación pública» (y entiendo que «directas») quedan proscritas en la letra a) del mismo precepto¹⁹⁶; y, en segundo lugar, tal y como se verá posteriormente en el análisis de la concreta implementación del mismo, el que las conductas «puedan incitar» al odio o a la violencia puede tener un valor muy diferente si se entiende que tal «idoneidad incitadora» deba verificarse en concreto, en abstracto o de manera potencial¹⁹⁷. Lo que sí que destaca es la orientación que la Decisión marco da al tipo penal en su formulación básica. En primer lugar, abandona la orientación ofensiva que mantenía la Acción común al castigar estas conductas negacionistas en tanto que despectivas o degradantes. Ahora, sin embargo, se opta por cualificar su ofensividad por su carácter «instigador». También con respecto a la propuesta de la Decisión marco se advierte que la versión definitiva ha evitado recurrir a la cualificación ofensiva de «perturbar el orden público».

2.2.2. Las cualificaciones adicionales: posibilidades de restricción del ámbito punitivo según los modelos nacionales

La Decisión marco, aunque no da la posibilidad que ofrecía la Acción común

¹⁹⁶ Si no se entiende que la letra a) se refiere a formas de «incitación directa», las conductas negacionistas de las letras c) y d) podrían subsumirse plenamente en la letra a), ya que en ambos casos se exige la incitación pública. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padua, 2009, p. 48 critica este punto y entiende que «non si comprende allora appieno quale sia realmente la fattispecie che si vuole colpire, apparendo il disposto contornato e confuso, in quanto l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di Genocidio, se attuate in modo da istigare alla violenza e all'odio, sono di per sé stesse accomunabili (cioè rientrano a pieno titolo) ai reati fra quelli più genericamente individuati ai due commi precedenti». En mi opinión, como he señalado, la objeción se salvaría entendiendo que la letra a) va referida a formas de provocación directa mientras que la c) y la d) recogen una modalidad particular de provocación indirecta.

¹⁹⁷ *Vid. infra* Cap. 7, epígrafe 3.3.

de que los Estados no tipificaran específicamente estas conductas si excepcionaban la exigencia de doble incriminación, sí que da a los Estados un amplio margen en la configuración de tales delitos. De esta suerte, en su apartado 2º permite que opten por castigar únicamente las conductas que, a) «o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público»; b) o «sean amenazadoras, abusivas o insultantes». La exigencia de perturbación del orden público es un guiño a la legislación alemana, aunque con su inclusión el Consejo se separa de la propuesta de enmienda realizada por el Parlamento europeo que pedía excluir este bien por su indefinición¹⁹⁸. Igual que la cláusula que permite sancionar únicamente manifestaciones «amenazadoras, abusivas o insultantes» entronca con la tradición anglosajona que únicamente sanciona discursos en la medida que puedan ser cualificados de tal forma. Otra posible limitación del ámbito típico de las conductas, en este caso tomada del modelo francés, es la cláusula del apartado 4º que permite que sólo sean castigadas las manifestaciones negacionistas en la medida en que vengan referidas a crímenes que hubieran sido establecidos «por resolución firme» o de un tribunal nacional o internacional, o exclusivamente cuando hubieran sido determinadas por resolución firme de un tribunal internacional.

2.2.3. La orquilla penológica prescrita y el castigo de la incitación a la conductas de provocación

La Decisión marco también se preocupa de disponer unas penas para tales conductas y prescribe que deberán ser castigadas «con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo» (art. 3.1)¹⁹⁹. No obstante, la interpretación de esta cláusula resulta un tanto oscura y al referir un nivel máximo de pena, pero luego señalar «como mínimo», reduce su propia eficacia armonizadora. Al final lo que parece imponer es un nivel mínimo de máximo de pena²⁰⁰, el cual deberá

¹⁹⁸ Cfr. *supra* epígrafe 2.1.3 en este Cap. En este sentido advierte adecuadamente E. FRONZA que «[l]'indeterminatezza del concetto, mutuo nella Decisione Quadro, imporrà di chiedersi se esista a livello europeo una nozione unitaria di ordine pubblico e se siano utilizzabili le definitizioni di tali concetto presenti in altri settori dell'Unione Europea» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 77).

¹⁹⁹ La redacción del precepto tampoco resulta muy clara en ninguno de los idiomas usados como referencia: «*criminal penalties of a maximum of at least between 1 and 3 years of imprisonment*» [EN]; «*d'une peine maximale d'au moins un à trois ans d'emprisonnement*» [FR]; «*sanzioni penali che prevedono la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni*» [IT].

²⁰⁰ P. LOBBA explica que se trata de una técnica conocida como «compasso edittale». Según este autor «Si parla in questo caso di livello minimo del massimo edittale. Si tratta di una tecnica normativa che, pur aprontando un certo grado di armonizzazione, tenta di salvaguardare la potestà punitiva nazionale, tenendo conto delle forti differenze tuttora esistenti tra i sistemi punitivi degli Stati membri. L'apposizione di vincoli più stringenti, in tale contesto, finirebbe per influire

fijarse (reitero, como mínimo) en esa orquilla de uno a tres años. Tampoco queda definido cómo se deberá articular este máximo de pena en relación con la posibilidad de imponer otras penas (por ejemplo la multa) de manera alternativa.

Por su parte, el artículo 2º extiende el ámbito punitivo hasta exigir la incriminación de las conductas de «incitación» a la comisión de las conductas negacionistas referidas en las letras c) y d) del artículo 1º. Se trata de una figura que, cuanto menos, resulta llamativa y supone un auténtico atrevimiento legislativo por el excepcional adelanto de la barrera punitiva que pretende. En un ordenamiento que tutele la libertad de expresión y confíe en un Derecho penal mínimo, fundado en el principio de necesaria ofensividad de bienes jurídicos, será difícilmente aceptable el castigo de conductas que no suponen más que la incitación de formas de incitación. Además, también se exige el castigo de la complicidad para la comisión de las mismas.

2.2.4. La cláusula de garantía de las libertades fundamentales

Las exigencias punitivas de la Decisión marco podrían verse prácticamente vaciadas por mor del artículo 7º, el cual determina que tales medidas incriminatorias no podrán afectar a la obligación de respetar las normas constitucionales y los principios fundamentales. En concreto su apartado 2º afirma que «[l]a presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan **principios fundamentales** relativos a las libertades de asociación y expresión, en particular, las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, tal como se **derivan de tradiciones constitucionales**, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad» (énfasis míos). Se plantea entonces la duda: ¿hasta qué punto podría un Estado miembro invocar su estándar de tutela de los derechos fundamentales para no implementar alguno de los extremos requeridos por la Decisión marco? Es cierto que, como se ha visto, la Decisión marco permite diversas posibilidades de cualificación de las conductas para evitar imponer un modelo cerrado a los Estados que pudiera entrar en conflicto con sus ordenamientos; pero, por otro lado, no deja de requerir la incriminación de conductas que pueden ser muy problemáticas en términos constitucionales, como

negativamente sulla coerenza interna degli ordinamenti penali senza, tra l'altro, giungere ad un'effettiva armonizzazione, impedita dalle eterogenee discipline sul trattamento penitenziario» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 134).

es la exigencia vista de castigar la incitación de la incitación. De manera que no es descartable que se pueda plantear un conflicto constitucional. Llegado el caso, y de ser posible²⁰¹, sería interesante ver cómo la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea plantearían un posible recurso de incumplimiento frente a un Estado miembro que, amparándose en la tutela de los derechos fundamentales según el estándar definido por el propio país, no desarrollara (o su correspondiente tribunal constitucional declarara ilegítimo el desarrollo) alguna de las exigencias emandas de la Decisión marco. En tal situación el Tribunal de Justicia, una vez verificada que la exigencia en cuestión resulta acorde con el estándar de tutela de los derechos fundamentales según la Carta (el cual debe integrarse también atendiendo a las tradiciones constitucionales de los Estados), debería optar por: a) o exigir al Estado miembro que se adaptara al nivel de reconocimiento común de la libertad en conflicto que de manera general es mantenido por los Estados miembros y que se deduzca de la Carta Europea de Derechos, obligando así a que incorporara el tipo penal (o condenando por su no incorporación), aunque ello le obligara al Estado miembro a rebajar la consideración de la libertad fundamental en conflicto; b) o bien el Tribunal de Justicia podría admitir que se exceptonara la obligación europea de incriminar la conducta en atención al nivel más alto de protección de tal libertad mantenido por el Estado miembro²⁰². La cláusula del artículo 7º parece decantarse por esta última posibilidad²⁰³, aunque la referencia a las «tradiciones constitucionales» de los

²⁰¹ Como indica V. MANES las Decisiones marco no serían «justiciables», «no pareciendo ejercitable, al menos en línea de principio, el procedimiento de infracción que constatando el incumplimiento del Estado (art. 266 ss. TCE)- pueda garantizar una mayor fuerza vinculante» («La incidencia de las “Decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de Derecho sustantivo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], 09-07, 2007, p. 4). Sobre los problemas jurídicos que presentan las Decisiones marco, *cfr.* F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Réquiem por las Decisiones marco: A propósito de la orden de detención europea», *Revista electrónica de estudios internacionales* [en línea], 14, 2007, 24 p. Disponible en: www.reei.org.

²⁰² A este respecto debe tenerse particularmente en cuenta la reciente STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, caso Melloni, en la que, ante una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional español en relación con la aplicación de la Orden de detención europea, la cual resultaba incompatible con el «contenido absoluto» del derecho a la tutela judicial efectiva según la jurisprudencia constitucional española, el Tribunal de Justicia europeo no ha permitido que el art. 53 de la CDFUE sea invocado para exceptonar la aplicación del Derecho europeo: «las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (apartado 60 –cursivas mías-).

²⁰³ A este respecto entiende P. LOBBA que «l'unico possibile effetto [art. 7] potrebbe essere quello di subordinare le disposizioni della decisione quadro non solo, come normalmente accade, ai principi supremi, bensì a tutte le disposizioni costituzionali degli Stati membri, ponendo in pericolo

Estados miembros podría justificar que se impusiera la «primacía» del Derecho europeo siempre que se entienda que éste ha sido respetuoso en sentido «genérico» con los «principios fundamentales» de los Estados europeos. No obstante, que finalmente no se haya incluido la adjetivación como «comunes» que pretendía el Parlamento puede servir para justificar que el Tribunal de Justicia, en este caso, no deba indagar en esa tradición constitucional común y deba respetar a la que mantenga cada Estado.

2.2.5. Dudas acerca de la eficacia vinculatoria de la Decisión marco para la definición de un delito de negacionismo armónico en Europa

La Decisión marco era una fuente del Derecho europeo que servía precisamente «para la aproximación» de legislaciones dispares de los Estados miembros, obligando «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»²⁰⁴. Pues bien, como se ha ido viendo, con esta Decisión marco el legislador europeo pretendía armonizar la respuesta penal que los Estados miembros dan en general a discursos xenófobos o racistas y, entre los mismos, a las manifestaciones negacionistas. En cuanto a estas últimas se mostraba una voluntad político-criminal muy clara: que los países recurran a su arma más contundente, la ley penal, para sancionar este tipo de conductas. De ahí que específicamente se contemplara en las letras c) y d) el castigo de expresiones negacionistas tanto de los crímenes de la II Guerra Mundial como para cualquier otro genocidio o crimen internacional. Hasta aquí el propósito de la Decisión marco podría comprenderse: podría entenderse que el legislador europeo pretendiera acercar normativas estatales muy dispares, ya que, como se estudiará a continuación, en el seno de la Unión Europea hay Estados miembros que no cuentan con delitos que específicamente castiguen este tipo de discursos negacionistas, y, los que sí que lo hacen, mantienen configuraciones típicas y sanciones también muy diferentes.

Sin embargo, la Decisión marco, como se ha podido apreciar, no ha «preconfigurado» un delito anti-negacionista que pudiera servir de referente para «acercar» las distintas legislaciones nacionales. Se podría afirmar que la regulación dada por la Decisión marco es propia de una «construcción por aluvión», donde se han ido solapando las diversas tendencias o sensibilidades nacionales sin un claro criterio rector.

la consolidata geometría del primato del diritto comunitario» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 136).

²⁰⁴ Art. 34.2.b) TUE –versión consolidada de 2006-.

Entonces, surge de inmediato la duda: ¿en qué medida «vincula» a los Estados la conducta «básica» definida por la Decisión marco a la hora de construir un delito que castigue específicamente las manifestaciones negacionistas? ¿Se logra «armonizar» con esta norma europea? A juicio de P. LOBBA, por ejemplo, posibilidades tan diversas de cualificación de la conducta llevan a que al final queden «esterilizados» los efectos vinculantes de la Decisión marco²⁰⁵. Por mi parte, comparto que al final se desdibuja su virtualidad armonizadora, porque difícilmente se va a poder armonizar a partir de un modelo tan abierto; pero ello no creo que anule la eficacia vinculante de la Decisión marco, tanto desde el punto de vista de la regulación de las infracciones como de las penas. Planteo una pregunta: ¿obliga la Decisión marco a que los países incluyan delitos que específicamente castiguen este tipo de conductas? Porque según la Decisión marco los Estados deberán adoptar las medidas «necesarias para garantizar que se castiguen» estas conductas, ¿pero ello incluye la obligación de que en concreto se incorporen tipos penales específicos para estas conductas o puede ser suficiente con que las mismas queden sancionadas genéricamente por el arsenal típico del país? Las dudas tienen pleno sentido sobre todo porque, como se tendrá la posibilidad de estudiar más adelante, a pesar de la Decisión marco varios países europeos han optado por no incriminar específicamente este tipo de conductas. A mi juicio, más allá de que estas conductas puedan ser castigadas en virtud de tipos genéricos –delitos de instigación, de injurias...-, a lo que ayudaría la obligación de interpretación conforme con el Derecho de la Unión²⁰⁶; creo que puede plantearse si de la Decisión marco no emana la obligación de que los Estados específicamente regulen un delito anti-negacionista, aunque sea en su forma más cualificada. Puede ser que sea forzar en exceso la fuerza vinculante de esta fuente normativa, que sólo obliga en el «resultado», pero es la única forma de darle un mínimo sentido

²⁰⁵ «Di conseguenza vengono sterilizzati, in relazione a tale aspetto, gli effetti giuridicamente vincolanti della decisione quadro nei confronti di quegli ordinamenti che vietano il negacionismo solo se qualificato – inquadabile cioè nell’incitamento all’odio, alla violenza o alla discriminazione razziale-, i quali non saranno obbligati, ad alcuna modifica»; y continúa, «la decisione quadro contiene varie clausole, plasmate sui diversi modelli di incriminazione degli Stati membri, che ne alleggeriscono ulteriormente il reale impatto di armonizzazione, mostrando il volto principalmente simbolico» (P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 135).

²⁰⁶ Sobre la misma *vid.* SSTJUE de 10 de abril de 1984, C-14/1983, caso von Colson; de 13 de noviembre de 1990, C-106/1989, caso Marlesasin; de 16 de diciembre de 1993, C-334/1992, caso Miret, 16 junio 2005; de 16 de junio de 2005, C-105/2003, caso Pupino. En particular, sobre esta última sentencia, *cfr.* V. MANES, «La incidencia de las “Decisiones marco”...», *op. cit., passim*, y D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar en la Unión Europea. La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las Decisiones marco», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea], 10, 2005, 32 p.

manterial a la misma²⁰⁷. De no ser así, la Decisión marco, como se analizará más adelante, no tendría otra virtualidad más que su carácter puramente simbólico como manifesación del más alto reproche a nivel europeo de este tipo de discursos (y, como mucho, la ya señalada fuerza interpretativa)²⁰⁸.

En conclusión, el estudio de esta norma europea permite apreciar, ante todo, la indeterminación y complejidad de esta figura; unas medidas anti-negacionistas para las que, como se deduce de toda la tramitación de la Decisión marco y de la complejidad del precepto resultante, no existe un verdadero consenso ni entre aquellos países más reacios a legislar este tipo de conductas por la estima que mantienen a la libertad de expresión, pero tampoco entre aquellos que cuentan con tipos penales concretos con un contenido, naturaleza y fundamentación muy distintos entre sí y que no han permitido lograr una definición clara de la figura a nivel europeo. Lo cual no creo que reste valor, sino que suma, al propósito de este estudio.

3. El negacionismo en las decisiones y jurisprudencia de organismos internacionales

3.1. El Comité de Derechos Humanos de la ONU: decisión del caso Faurisson²⁰⁹ y otros informes posteriores

Robert FAURISSON, de quien se tiene noticia por el Capítulo 2²¹⁰, era profesor universitario de literatura, primero en la Universidad de la Sorbona de Paris y luego en la Universidad de Lyon hasta 1991 cuando fue expulsado por realizar declaraciones negacionistas. Era conocido por poner en duda la existencia de cámaras de gas con propósitos de exterminación en Auschwitz y en otros campos de concentración nazis, unas posiciones que habían recibido críticas en numerosas revistas científicas e incluso que habían sido ridiculizadas en la prensa general en Francia, a pesar de lo cual se resistió a abandonar su discurso. Como fue

²⁰⁷ De manera desarrollada P. LOBBA entiende que «l'armonizzazione si produrrà in relazione agli aspetti sopra indicati: a) la descrizione della condotta illecita; b) l'estensione del suo oggetto e c) l'omogeneizzazione delle definizioni dei crimini internazionali»; si bien advierte que «[t]uttavia, avvedendo essi optato per un modello qualificato di reato, non ne potrà scaturire un obbligo di adattare le proprie fattispecie pari a quello esposto nei paragrafi precedenti. Gli effetti di armonizzazione incideranno più sul piano interpretativo chiarendo il significato di elementi del reato che già in sé dispongono dell'ampiezza semántica necessaria per farvi rientrare i tre aspetti indicati» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 153).

²⁰⁸ Sobre esta cuestión, *cfr. infra* Cap. 7, epígrafe 3.1.

²⁰⁹ Communication n° 550/1993: France, CCPR/C/58/550/1993, 16/12/1996.

²¹⁰ *Cfr. supra* Cap. 2, epígrafe 2.2.

adelantado, cuando en 1990 fue aprobada la Ley Gayssot²¹¹, que en Francia ha venido a castigar los discursos negacionistas, R. FAURISSON se manifestó también en contra de la misma y sostuvo públicamente que esta Ley promovía que los juicios de Núremberg adquirieran el estatus de dogma al imponer sanciones penales para quien cuestionara sus premisas. En la revista mensual *Le Choc du Mois* (septiembre 1990) se le hizo una entrevista a R. FAURISSON en la que reiteró su convicción personal de que no hubo cámaras de exterminio en los campos de concentración nazis²¹². Como consecuencia de estas declaraciones se abrió un proceso penal contra el Sr. FAURISON que llevó a su sanción bajo la reciente Ley Gayssot por «*contestation de crimes contre l'humanité*». Y contra esta decisión es la queja que elevó R. FAURISSON al Comité de Derechos Humanos de la ONU.

En su respuesta, entrando al fondo del asunto, el Comité «toma nota» de los debates en Francia (y también en otros países) y puso de manifiesto la oposición a este tipo de legislación que incrimina el negacionismo (ap. 9.2). Incluso, el Comité reconoció que los términos de la Ley Gayssot, según ciertas condiciones y circunstancias, podían llevar a condenas incompatibles con el propio Pacto. Sin embargo, advirtió que su función no era hacer un control abstracto de la normativa sino la resolución del caso en concreto que se le planteaba y cómo había sido aplicada.

Así, el Comité para evaluar la restricción a la libertad de expresión procedió a analizar: a) si la restricción estaba prevista por ley; b) si estaba justificada en una finalidad legítima; y c) si era necesaria para alcanzar tal propósito legítimo. En tal sentido, el Comité no dudó de que la medida estaba prevista por ley y perseguía una finalidad amparada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.3.a): asegurar el respeto de los derechos o la reputación ajenas, ya que se trata de una medida que pretendía enfrentarse a expresiones de anti-semitismo.

²¹¹ Reforma de 13 de julio de 1990 a la Ley de prensa de 1881 añadiendo el art. 24 bis que viene a incriminar conductas negacionistas. Sobre la misma, *vid.* Cap. 4, epígrafe 1.1.3.

²¹² En concreto manifestó, según se detalla en la decisión de la Comisión: «Nadie me haría admitir que dos más dos hacen cinco, que la tierra es plana, o que el Tribunal de Núremberg fue infalible. Tengo excelentes razones para no creer en esta política de exterminio de Judíos o en las mágicas cámaras de gas...», y añadía «[d]esearía ver que el 100 por cien de los ciudadanos franceses comprenden que el mito de las cámaras de gas es una fabricación deshonesta ("est une gredinerie")", respaldada por los poderes victoriosos de Núremberg en 1945-46 y oficializada el 14 de julio de 1990 por el actual Gobierno francés, con la aprobación de su "jueces historiadores"» [*No one will have me admit that two plus two make five, that the earth is flat, or that the Nuremberg Tribunal was infalible. I have excellent reasons not to believe in this policy of extermination of Jews or in the magic gas chamber... I would wish to see that 100 per cent of all French citizens realize that the myth of gas chambers is a dishonest fabrication ("est une gredinerie")", endorsed by the victorious powers of Nuremberg in 1945-46 and officialized on 14 July 1990 by the current French Government, with approval of the "court historians"].*

En el juicio sobre la necesidad el Comité, de manera apodíptica, reconoció igualmente que, visto el fin de lucha contra el anti-semitismo que presenta la Ley, y en ausencia de argumentos que socavaran la validez de las razones aducidas por el Estado para justificar la proporcionalidad de la condena como habían estimado los tribunales nacionales, aceptaba entonces que la restricción fuera necesaria.

De esta manera, dado el carácter sintético de esta decisión, los argumentos y declaraciones más interesantes se encuentran en los diversos votos concurrentes a la misma. El eje común de todos estos votos fue asumir que no había habido violación por la condena en concreto en este asunto, no obstante lo cual consideraban necesario elevar una crítica a los términos en los que está formulada la Ley Gayssot, al entender que la misma está redactada en unos «términos muy amplios»²¹³, incluso vagos, donde se viene a crear una «responsabilidad penal absoluta», que no se vincula ni a la intención del autor, ni a la existencia de una incitación al antisemitismo, ni al riesgo para bienes jurídicos, de manera que incluso investigaciones llevadas a cabo de buena fe podrían verse sancionadas²¹⁴.

²¹³ En este sentido, *vid.*, por ejemplo el voto concurrente de Nisuke ANDO: «Querría expresar mi preocupación acerca del peligro que la legislación francesa en cuestión, la Ley Gayssot, puede conllevar»; y continuaba, «el término “negation” (“contestation”), si se interpreta ampliamente, puede comprender diversas formas de expresión de opiniones y por lo tanto tiene la posibilidad de amenazar o invadir el derecho a la libertad de expresión, que constituye un prerequisite indispensable para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática. En aras de eliminar esta posibilidad probablemente sería mejor reemplazar la Ley por una legislación específica prohibiendo actos bien definidos de antisemitismo o por una previsión en el Código penal protegiendo el derecho a la reputación de los otros en general» [*I would like to express my concern about the danger that the French legislation in question, the Gayssot Act, might entail... the term “negation” (“contestation”), if loosely interpreted, could comprise various forms of expression of opinions and thus has a possibility of threatening or encroaching the right to freedom of expression, which constitutes an indispensable prerequisite for the proper functioning of a democratic society. In order to eliminate this possibility it would probably be better to replace the Act with a specific legislation prohibiting well-defined acts of anti-semitism or with a provision of the criminal code protecting the rights or reputations of others in general.*].

²¹⁴ Ésta es la crítica que realizaba en su voto concurrente Elizabeth EVATT y David KRETZMER, firmado también por Eckart KLEIN: «La Ley Gayssot está redactada en el más amplio lenguaje y podría parecer que prohíbe la publicación de investigaciones de buena fe vinculadas a las materias decididas por el Tribunal de Núremberg. Incluso si el objeto de esta prohibición es el de proteger el derecho a estar libre de la incitación al anti-semitismo, las restricciones impuestas no pasarían el test de proporcionalidad. No vinculan la responsabilidad ni con la intención del autor, ni con la tendencia de la publicación a incitar al anti-semitismo» [*The Gayssot Act is phrased in the widest language and would seem to prohibit publication of bona fide research connected with matters decided by the Nuremberg Tribunal. Even if the purpose of this prohibition is to protect the right to be free from incitement to anti-semitism, the restrictions imposed do not meet the proportionality test. They do not link liability to the intent of the author, nor to the tendency of the publication to incite to anti-semitism.*].

Una redacción que supondría en abstracto una «clara vulneración» del Pacto²¹⁵. En síntesis de todos estos argumentos, Rajsoomer LALLAH en su voto concurrente afirmaba: «Como mis colegas Evatt y Dretzmer han puesto de manifiesto, la Ley Gayssot está formulada en amplios terminus y podría parecer que prohíbe la publicación de investigaciones de buena fe vinculadas con los principios y materias decididos por el Tribunal de Núremberg. Esto crea una responsabilidad absoluta con respecto a la cual no cabe defensa posible. No vincula la responsabilidad ni a la intención del autor ni al perjuicio que ésta pueda causar con respecto a los derechos o la reputación de otros como es requerido por el artículo 19, párrafo 3º (a), o con la protección de la seguridad nacional o del orden público o de la salud o moral pública como requiere el artículo 19, párrafo 3(b).»²¹⁶; a lo que añadía en el apartado 7º de su voto «[I]o que es representativo de la Ley Gayssot es que parece que criminalice, en sustancia, cualquier desafío a las conclusiones y al veredicto del Tribunal de Núremberg. En efecto, la Ley criminaliza la negación desnuda de hechos históricos. La suposición, en los preceptos de la Ley, de que la negación es necesariamente anti-semita o incita al anti-semitismo es un juicio parlamentario o legislativo y no deja esta cuestión a la valoración o juicio de los tribunales. Por esta razón, la Ley puede parecer, en principio, que pone en peligro el derecho de toda persona acusada de una infracción de la Ley a ser juzgada por un tribunal independiente»²¹⁷. Por su parte, el juez Prafullachandra BHAGWATI en su voto concluyó que la medida no pretendía proteger la seguridad pública, sino la

²¹⁵ Así se expresa, por ejemplo, el voto concurrente de Cecilia MEDINA QUIROGA: «aunque los terminos de la Ley Gayssot pueden, en su aplicación, constituir una clara violación del artículo 19 del Pacto, el tribunal francés que ha juzgado al Sr. Faurisson interpretó y aplicó la Ley a la luz de las previsiones del Pacto, adaptando así la Ley a las obligaciones internacionales de Francia en lo que se refiere a la libertad de expresión» [*although the wording of the Gayssot Act might, in application, constitute a clear violation of article 19 of the Covenant, the French court which tried Mr. Faurisson interpreted and applied that Act in the light of the provisions of the Covenant, thereby adapting the Act to France's international obligations with regard to freedom of expression.*].

²¹⁶ [6. *As my colleagues Evatt and Kretzmer have noted, the Gayssot Act is formulated in the widest terms and would seem to prohibit publication of bona fide research connected with principles and matters decided by the Nuremberg Tribunal. It creates an absolute liability in respect of which no defence appears to be possible. It does not link liability either to the intent of the author nor to the prejudice that it causes to respect for the rights or reputations of others as required under article 19, paragraph 3 (a), or to the protection of national security or of public order or of public health or morals as required under article 19, paragraph 3 (b).*].

²¹⁷ [7. *What is significant in the Gayssot Act is that it appears to criminalize, in substance, any challenge to the conclusions and the verdict of the Nuremberg Tribunal. In its effects, the Act criminalizes the bare denial of historical facts. The assumption, in the provisions of the Act, that the denial is necessarily anti-semitic or incites anti-semitism is a Parliamentary or legislative judgment and is not a matter left to adjudication or judgment by the Courts. For this reason, the Act would appear, in principle, to put in jeopardy the right of any person accused of a breach of the Act to be tried by an independent Court.*].

reputación ajena, y admitió la legitimidad de este delito por considerar este tipo de discurso como una modalidad concreta de expresiones que resultan injuriosas u ofensivas para la comunidad judía.

De esta manera, se observa cómo el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el único caso que hasta el momento ha tenido que resolver por sanciones a manifestaciones negacionistas, éste se ha mostrado por un lado muy crítico con respecto al tipo en concreto de la Ley Gayssot y hasta cierto punto crítico también con este tipo de legislación en general, pero, a la postre, ha admitido la sanción de tales manifestaciones acogiéndose básicamente a su carácter injurioso u ofensivo. Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos ha vuelto a incidir en un par ocasiones manteniendo su crítica a este género de «Leyes de memoria». Así, en sus conclusiones acerca del respeto a los derechos humanos en Hungría en octubre de 2010²¹⁸, el Comité destacó su preocupación por «el riesgo de criminalización de una amplia gama de visiones sobre la comprensión de la historia de la II Guerra Mundial en los Estados parte» como consecuencia de la fijación de estos delitos de negacionismo²¹⁹. Aún más contundente ha sido en su Comentario General nº 34 sobre el art. 19 del Convenio Internacional de derechos Civiles y Políticos, el cual regula la libertad de opinión y de expresión²²⁰, donde el Comité de Derechos Humanos ha afirmado: «*Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones de la Convención impuestas a los Estados partes en relación con la libertad de opinión. La Convención no permite la prohibición general de expresiones de una errónea opinión o de una incorrecta interpretación de hechos pasados. Nunca se deben imponer restricciones a la libertad de opinión, y con respecto a la libertad de expresión, que vayan más allá de lo permitido en el párrafo 3º o según lo requerido bajo el artículo 20» (§ 49 –cursivas mías-)*²²¹. Por todo lo cual, parece que a juicio del

²¹⁸ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Concluding observation, Hungary*, CCPR/C/HUN/CO/5, 16/11/2010.

²¹⁹ En concreto, sostenía en el apartado 19 que: «*The Committee is concerned that the evolution of the so-called “memory laws” in the State party risks criminalizing a wide range of views on the understanding of the post-World War II history of the State party. (arts. 19 and 20)*

The State party should review its “memory laws” so as to ensure their compatibility with articles 19 and 20 of the Covenant.» (énfasis del propio texto).

²²⁰ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment N. 34, Art. 19: Freedom of opinion and expression*, International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/34, 12/09/2011.

²²¹ [Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on States parties in relation to the respect for freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit general prohibition of expressions of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events. Restrictions on the right of freedom of opinion should never be imposed and, with regard to freedom of expression, they should not go beyond what is permitted in paragraph 3 or required under article 20.].

Comité de Derechos Humanos de la ONU para poder castigar el discurso negacionista habrá que justificar en concreto el carácter injurioso o peligroso de las manifestaciones, advirtiendo además de los riesgos que derivan del intento de incriminar genéricamente este tipo de discursos fronterizo con la investigación histórica y el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

3.2. La Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

3.2.1. Notas sobre el marco general de la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el análisis de la lucha contra el negacionismo se ha de destacar la particular importancia que tiene la doctrina asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y por la Comisión) en esta materia. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950²²², ofrece un marco de referencia, unos límites para el terreno de juego en la necesaria ponderación entre la sanción del negacionismo y las libertades individuales, con especial referencia a la libertad de expresión, con las cautelas propias debidas a las diferentes concepciones del carácter más o menos restringido de los ordenamientos. Así las cosas, se hace necesario entrar a conocer cómo el Tribunal Europeo se ha enfrentado a decisiones estatales que habían concluido la sanción de este tipo de conductas restringiendo tal libertad.

Con carácter general el Convenio Europeo reconoce en su art. 10 la libertad de expresión en los siguientes términos:

«Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención

²²² Texto en español, con protocolos y modificaciones posteriores, accesible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf

del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.» .

Una libertad que, como el Tribunal Europeo afirma, «constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona»²²³. De esta manera, la libertad de expresión debe ser apreciada no sólo en su dimensión individual, como un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino también en su vertiente objetiva como garantía de la opinión pública y del pluralismo político, y, consecuentemente, base de toda sociedad democrática. Porque, como el propio Tribunal ha concluido, «no hay democracia sin pluralismo»²²⁴. Algo que exige, por tanto, reconocer esta libertad «no sólo para las “informaciones” o “ideas” que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”»²²⁵.

Ahora bien, ello no es óbice para advertir que la misma no es una libertad absoluta. Como el propio artículo 10 prescribe, el ejercicio de esta libertad entraña «deberes y responsabilidades» y en consecuencia puede ser restringido y sancionado. Unas injerencias en esta libertad cuya legitimidad dependerá de un triple juicio –conocido como test de Estrasburgo-: a) que sean injerencias previstas por la ley; b) que persigan un fin legítimo, entre los que el Convenio expresamente recoge un extenso elenco: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral y protección de la reputación y los derechos ajenos; y, por último, c) que sean necesarias en una sociedad democrática²²⁶. El Tribunal, por tanto, ante una

²²³ Esta doctrina fue establecida en su sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c./Reino Unido, y ha sido mantenida por el Tribunal desde aquel momento. En este sentido destacan, entre otros muchos, casos clásicos de gran relevancia en el reconocimiento y tutela de la libertad de expresión como fueron las SSTEDH de 26 de abril de 1979, Sunday Times c./Reino Unido; de 8 de julio de 1986, Lingens c./Austria; o de 23 de abril de 1992, Castells c./España.

²²⁴ STEDH de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi y otros c./Turquía, § 89. También *vid.*, entre otras, la STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto Jersild c./Dinamarca.

²²⁵ STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto Handyside c./ Reino Unido.

²²⁶ Para comprobar si la medida es «necesaria en una sociedad democrática», el Tribunal debe determinar si responde a una «necesidad social imperiosa», para lo cual ha de valorar si la injerencia es proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones invocadas por las autoridades internas para justificarla son pertinentes y suficientes. Algo, además, para lo que los Estados gozan de un margen de apreciación –poder que lógicamente no es ilimitado y que se somete a un control último por el Tribunal-. La amplitud del margen variará según los casos y en particular dependerá

injerencia estatal sobre esta libertad, para corregir un presunto exceso en el ejercicio de la misma, debe realizar una compleja ponderación que le exige, sobre todo en la valoración del carácter necesario de la misma, descender a unos criterios más concretos según el tipo de conflicto y de discurso²²⁷.

Asimismo, el artículo 17 CEDH reconoce también la posibilidad de excluir de protección del Convenio cuando se dé un abuso en el ejercicio de una libertad o derecho²²⁸, en los siguientes términos:

«Artículo 17.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.»

Es aquí donde corresponde acercarse entonces a los casos en los que el Tribunal (y la Comisión) han afrontado la problemática del negacionismo para tratar de extraer unos criterios generales en la resolución de tales supuestos y ver de qué manera se inclina la balanza de la protección del Convenio a favor de unos u otros valores en conflicto. Algo que exige, además, el contraste de las decisiones del Tribunal con la doctrina que viene manteniendo con respecto a otros tipos de

de si existe o no un concepto europeo común de la materia. Con respecto a la «previsión por ley», categoría que es admitida en sentido amplio, el Tribunal debe constatar si la medida es previsible y accesible; y, por último, la verificación del «fin legítimo» de la medida se trata de una operación casi automática de contraste con uno de los fines reconocidos por el propio precepto. *Vid.*, por todas, SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto Handyside c./ Reino Unido y de 26 de abril de 1979, asunto Sunday Times c./Reino Unido.

²²⁷ Es habitual acercarse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo a partir de los fines legítimos reconocidos por el Convenio (en este sentido *vid.*, por ejemplo, la presentación realizada sobre los límites a la libertad de expresión en J. BONET I PÉREZ, *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 275 y ss.). Sin embargo, habida cuenta de que este trabajo pretende el estudio de una forma concreta de discurso, cuya restricción viene justificada conforme a diferentes «fines» (principalmente, como se verá, la protección de la seguridad nacional y de los derechos de otros), se ha preferido articular la clasificación o el análisis de la doctrina del Tribunal a partir de la modalidad de discurso (negacionismo, *hate speech*, discurso contrario al sentimiento religioso, o, más allá del discurso, de la problemática concreta de la ilegalización de partidos). Ello sin desconocer, lógicamente, que esa referencia a los diferentes tipos de conflicto y de discurso lo que encierra fundamentalmente es la contraposición de unos concretos intereses o fines legítimos.

²²⁸ Para un estudio de la aplicación general de este precepto, *vid.* 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.

discursos, como el discurso del odio, discursos contra el sentimiento religioso, o en la ilegalización de partidos políticos, en los que igualmente se presenta el conflicto entre la esencia del pluralismo y la protección de la democracia, concretada en valores como la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, o, incluso, de los derechos y la reputación ajenos. Extremos en los que, sin embargo, como se verá, el Tribunal en muchos casos no resulta claro, sino que presenta posiciones vacilantes o contradictorios.

3.2.2. La Comisión Europea de Derechos Humanos ante las expresiones negacionistas

A. Primeras decisiones: inadmisión de los amparos por sanciones a discursos negacionistas tras un completo test

Las primeras ocasiones en las que se presentan solicitudes de amparo por la sanción de discursos o publicaciones negacionistas bajo el Convenio Europeo vienen resueltas por la Comisión, que se decantó en todas ellas por su inadmisión, aunque con una cierta variación en su motivación. De esta manera, en los dos primeros casos la Comisión inadmitió las peticiones de amparo aplicando el test de Estrasburgo sin mayores particularidades para ponderar la adecuación de las sanciones con la libertad de expresión. El primero de estos casos fue el **asunto X c./República Federal de Alemania (1982)**²²⁹, donde se planteó amparo contra una prohibición civil de exponer unos panfletos que habían sido considerados como difamatorios en Alemania porque mantenían que el asesinato de millones de judíos durante el período del III Reich era una mentira judía. Por esos mismos panfletos su autor había sido también condenado penalmente por incitación al odio por los tribunales alemanes, pero la Comisión no entró a considerar este último extremo, ya que todavía no habían sido agotados los cauces procesales internos. En su respuesta la Comisión aplicó el test para ver si la injerencia era o no legítima y concluyó que la demanda debía ser inadmitida. La Comisión reconocía que la medida estaba prescrita por ley y que la misma se podía fundar en fines legítimos como la «protección de la reputación de otros». Consideraba que no fue ni arbitrario ni irrazonable determinar que la distribución de los panfletos fuera un ataque difamatorio contra la comunidad judía y contra cada uno de los miembros individualmente considerados de la misma. Así las cosas, concluía la Comisión que: «Describiendo el hecho histórico del asesinato de millones de

²²⁹ Decisión de 16 de julio de 1982, sobre la admisibilidad del caso X c./República Federal de Alemania.

judíos, un hecho que ha sido incluso admitido por el propio apelante, como una mentira y como una estafa judía, los panfletos en cuestión no sólo dan una visión distorsionada de unos hechos históricos relevantes sino que también contienen un ataque a la reputación de todos aquellos a los que describen como mentirosos o estafadores.»²³⁰. A lo que añadía que la protección de los valores de tolerancia exige un especial cuidado hacia este tipo de grupos que habían sufrido una discriminación histórica. Tampoco consideraba que hubiera habido una vulneración del debido proceso al no haberse dejado presentar pruebas sobre el hecho histórico. A su entender el hecho histórico del Holocausto está comúnmente establecido sin ningún género de duda y por pruebas de todo tipo. Además, se trataba de un proceso civil en el que lo importante era el carácter difamatorio y no su veracidad.

Del mismo modo, un año después, en 1983, la Comisión volvía a decidir sobre la admisibilidad de un asunto referido a manifestaciones negacionistas en el **caso T. c./Bélgica**²³¹. Este asunto fue planteado por una condena en sede penal por la publicación de unos panfletos que tendían a justificar las atrocidades nazis. Ahora bien, la condena se daba en concreto porque tales panfletos habían sido publicados por una persona que tenía prohibido realizar publicaciones de ámbito político en virtud de condenas previas. El problema nuclear que se planteaba era, por tanto, si los panfletos tenían carácter político y, en consecuencia, se había vulnerado la prohibición impuesta. Así las cosas, la Comisión admitió que las manifestaciones publicadas podían considerarse dentro del género político y procedió entonces a valorar la medida restrictiva impuesta conforme al test de Estrasburgo al igual que en el asunto anterior. En este asunto, sin embargo, la medida se entendió justificada en atención a las finalidades de prevención del delito y al mantenimiento de la autoridad judicial, en la medida que lo que estaba en juego era el incumplimiento de la prohibición de realizar cierto tipo de publicaciones. Pero, además, la Comisión se pronunció también sobre el tipo de manifestaciones realizadas y advirtió, como hicieran los tribunales belgas, que la cuestión relativa a las atrocidades de Auschwitz afectaba todavía a la memoria de las familias de las víctimas y constató que todavía no han desaparecido de Europa ideologías anti-democráticas como las que inspiraron tales atrocidades; consideraciones que venían a justificar sanciones a este tipo de manifestaciones.

²³⁰ [By describing the historical fact of the assassination of millions of jews, a fact which was even admitted by the applicant himself, as a lie and a zionistic swindle, the pamphlets in question not only gave a distorted picture of the relevant historical facts but also contained an attack on the reputation of all those who were described as liers or swindlers...].

²³¹ Decisión de 14 de julio de 1983, sobre la admisibilidad del caso T. c./Bélgica.

En estos dos casos se observa por tanto la propensión de la Comisión a considerar que las manifestaciones negacionistas pueden resultar difamatorias u ofensivas contra los judíos e, incluso, comprometedoras para la democracia en la medida que todavía tales ideologías no han sido erradicadas, por lo que su sanción resultaría justificada, aplicando el test común en la restricción de la libertad de expresión. En los siguientes casos, sin embargo, la Comisión va a dar un paso más allá y añadirá a su argumentación un elemento para reforzar la exclusión de este tipo de discursos al recurrir al artículo 17 del Convenio. Seguirá aplicando el análisis típico del test de Estrasburgo pero ya con ciertos matices en su argumentación.

B. La evolución en la posición de la Comisión: refuerzo argumentativo sobre la base del art. 17 CEDH para aplicar un test «mínimo»

La primera decisión en la que se ve la evolución en la argumentación de la Comisión es el caso **caso B.H., M.W., H.P. y G.K. c/Austria** (1989)²³². La Comisión se enfrentó a una condena penal sobre la base de la Ley de Prohibición del Nacional Socialismo (*Verbotsgesetz*) y entre las actividades castigadas se señalaban, entre otras, la publicación de panfletos donde se sugería que el asesinato de seis millones de judíos por los nazis era mentira. La Comisión valoró la sanción establecida por haber realizado actividades filo-nazis y entendió que la misma resultaba compatible con el art. 10 del Convenio, pudiendo ser justificada como necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional y de la integridad del territorio y de la prevención del delito. La novedad era que la Comisión, a mayor abundamiento, en el escrutinio que realizó invocaba además el art. 17 CEDH y afirmaba que «el Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y con los derechos humanos y sus partidarios indudablemente persiguen fines del tipo de los referidos en el Artículo 17 [la destrucción o limitación de los derechos de la Convención]»²³³. La difusión de este tipo de actividades y la difusión de tales doctrinas iban a quedar calificadas dentro de aquellas que se consideran contrarias a los fines del Convenio y, en consecuencia, la Comisión admitía la «necesidad» de su sanción en una sociedad democrática sin proceder a un mayor enjuiciamiento concreto. Declaraba así

²³² Decisión de 12 de octubre de 1989, sobre la admisibilidad del caso B.H., M.W., H.P. y G.K. c/Austria.

²³³ [*National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aim of the kind referred to in Article 17 [the destruction or limitation of the Convention rights]*].

infundada la petición de amparo en la medida en que las expresiones cuya protección se pretendía iban dirigidas a una finalidad contraria a la del Convenio.

De forma similar se pronunció la Comisión en el asunto **Walter Ochensberger c./Austria** (1994)²³⁴, también por una condena bajo la Ley de prohibición del Nacional Socialismo (*Verbotsgesetz*) -art. 3g-, por la publicación y distribución de artículos en un periódico denominado *Sieg-AJ-Pressedienst* con contenidos nacionalsocialistas. Entre los contenidos de tales artículos se recogían opiniones sobre la inmigración, artículos pseudocientíficos sobre la pureza de la raza, sobre los culpables de la II Guerra Mundial y, además, artículos justificando y minimizando los exterminios masivos en campos de concentración. La Comisión, al enfrentarse al análisis de esta sanción, en referencia a la alegación de violación del art. 10 CEDH, aplicó nuevamente su test: La medida estaba prevista por ley y, como había sostenido en sus decisiones anteriores, en cuanto al fin legítimo recordaba que es lícita la restricción de actividades nacionalsocialistas en aras de la seguridad nacional y la prevención contra el crimen en un marco como el de Austria y teniendo en particular consideración el pasado histórico que da lugar a la formación del propio Convenio²³⁵. Como en la decisión anterior, la Comisión refería también el art. 17 CEDH, reconociendo que la libertad de expresión no podía ser usada en un sentido contrario al mismo: «Con respecto a este precepto la Comisión ha establecido previamente que “cubre esencialmente aquellos derechos que facilitarían su intento de deriva en un derecho a participar personalmente en actividades dirigidas a la destrucción de otros derechos y libertades establecidos en la Convención. En particular, la Comisión ha encontrado que la libertad de expresión proclamada en el Artículo 10 (Art. 10) de la Convención no puede ser invocada en un sentido contrario al Artículo 17»²³⁶. Sobre esta base argumental la

²³⁴ Decisión de 2 de septiembre de 1994, sobre la admisibilidad del asunto Walter Ochensberger c./Austria.

²³⁵ En este sentido, afirmaba en concreto que «la prohibición contra las actividades referidas a expresiones de ideas Nacional Socialistas es lícita tanto en Austria como atendiendo al pasado histórico que forma la base inmediata de la propia Convención, pueden ser justificadas como necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional y la integridad territorial y también de la prevención del crimen. Está por ello cubierta por el Artículo 10 párrafo 2 (Art. 10-2) de la Convención» [*the prohibition against activities involving the expression of National Socialist ideas is both lawful in Austria and, in view of the historical past forming the immediate background of the Convention itself, can be justified as being necessary in a democratic society in the interests of national security and territorial integrity as well as for the prevention of crime. It is therefore covered by Article 10 para 2 (Art. 10-2) of the Convention*].

²³⁶ [*In respect of this provision the Commission has previously held that it "covers essentially those rights which will facilitate the attempt to derive therefrom a right to engage personally in activities aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention. In particular, the Commission has found that the freedom of expression enshrined in Article 10 (Art. 10) of the Convention may not be invoked in a sense contrary to Article 17*].

Comisión tomaba en consideración para resolver el caso en concreto que las publicaciones incitaban al odio racial, al antisemitismo y a la xenofobia, y, por tanto, perseguían fines que buscaban la destrucción del Convenio, lo que le llevó a considerar que la medida era necesaria en una sociedad democrática²³⁷. De esta forma, aunque la Comisión realizó un test completo de los tres elementos (previsión legal, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática), sin embargo reducía el juicio de necesidad a una mera constatación de que las expresiones servían de base para actividades que pretenden la destrucción de otros derechos y libertades garantizados. Por su parte, en su decisión la Comisión también rechazó que no se hubiera respetado el debido proceso por no haber dejado presentar peritos para que demostraran la veracidad de las afirmaciones castigadas.

En 1995 se planteó el asunto **Otto E.F.A. Remer c./Alemania**²³⁸. El caso que da origen a la reclamación se trata de una condena penal por incitación al odio por publicar artículos en los que se sostenía que las cámaras de gas de los campos de concentración nazis no habían existido nunca. En estos artículos se llamaba a informarse sobre la verdad de los campos de concentración –y en particular de Auschwitz- y a luchar contra la mentira de que cuatro millones de judíos fueron gaseados en Auschwitz. En su escrutinio típico la Comisión juzgó que la injerencia en la libertad de expresión dada por esta sanción estaría legitimada bajo la finalidad de «prevención del delito y del desorden» y de «protección de la reputación y los derechos de otros» y asumió que había razones suficientes y proporcionadas para su restricción. Como en los casos anteriores, fue al juzgar la «necesidad en una sociedad democrática» de la medida cuando recordaría el contenido del art. 17 CEDH. Además, la Comisión asumía en este punto el criterio de los tribunales alemanes que habían calificado las expresiones negacionistas realizadas como «incitación al odio» y admitió con carácter general la sanción frente a «cualquiera que sobre la base de ideas nacionalsocialistas incite al odio contra partes de la población haciendo públicas alegaciones sobre hechos

²³⁷ En este sentido, sostenía la Comisión que: «Consecuentemente, la Comisión encuentra que el recurrente pretende esencialmente usar la libertad de información reconocida en el artículo 10 (Art. 10) de la Convención como base para actividades que son contrarias al texto y al espíritu de la Convención y que, si fueran admitidas, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades fijados en la Convención (cf. loc. cit. No. 12194/86)» [*Consequently, the Commission finds that the applicant is essentially seeking to use the freedom of information enshrined in Article 10 (Art. 10) of the Convention as a basis for activities which are contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention (cf. loc. cit. No. 12194/86)*].

²³⁸ Decisión de 6 de septiembre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Otto E.F.A. Remer c./Alemania.

comúnmente asumidos como falsos y reprochándoles de mentirosos y extorsionadores de manera que les representa en modo particularmente abominable»²³⁹.

En ese mismo año la Comisión se enfrentaba a dos casos más de sanciones negacionistas. Por un lado, el caso **Gerd Honsik c./Austria**²⁴⁰, por la publicación de artículos considerados actividades Nacional Socialistas prohibidas por la Ley, en los cuales se negaba la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración y los exterminios masivos bajo el régimen Nacional Socialista, que eran presentados como propaganda falsa. La Comisión siguió aplicando su test y mantuvo la doctrina en virtud de la cual la prohibición de actividades nacionalsocialistas podía justificarse y ser necesaria en una sociedad democrática sobre la base de la protección de la seguridad nacional y de la integridad territorial y de la prevención del delito. Asimismo, la Comisión recordaba el art. 17 CEDH y confirmaba que «la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 (Art. 10) de la Convención no debe ser invocada en sentido contrario al artículo 17»²⁴¹. En este sentido, la Comisión, retomando lo ya mantenido en decisiones anteriores, concluía de forma muy clara que «afirmaciones del tipo de las realizadas por el apelante [denegar el asesinato sistemático de judíos en los campos de concentración Nacional Socialistas con el uso de gas tóxico] avanzan contra una de las ideas básicas de la Convención, como vienen expresadas en su preámbulo, a saber la justicia y la paz, y además se reflejan en una discriminación racial y religiosa»²⁴², y añadía que tales expresiones «son contrarias al texto y al espíritu del Convenio y que, si se admitiesen, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades establecidas en la Convención»²⁴³; por lo que consideraba legítimas y necesarias las sanciones. La Comisión también en este caso desestimó los alegatos referidos a la vulneración del debido proceso y admitió la actuación de los tribunales nacionales considerando el Holocausto nazi como hechos de común conocimiento.

²³⁹ [anybody who on the basis of ideas of national socialism incited to hatred against parts of the population in making commonly known untrue factual allegations in public and reproaching them with lying and extortion and thus portraying them as particularly abominable].

²⁴⁰ Decisión de 18 de octubre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Gerd Honsik c./Austria.

²⁴¹ [the freedom of expression enshrined in Article 10 (art. 10) of the Convention may not be invoked in a sense contrary to Article 17].

²⁴² [statements of the kind the applicant made [denied the systematic killing of jews in National Socialist concentration camps by use of toxic gas] ran counter one of the basic ideas of the Convention, as expressed in its preambular, namely justice and peace, and further reflect racial and religious discrimination].

²⁴³ [are contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention].

De forma similar se pronunciaba en el tercero de los asuntos resueltos en 1995 sobre manifestaciones negacionistas: el caso **Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern c./Alemania**²⁴⁴. Se planteó la legitimidad de una serie de cargas que el Ayuntamiento de Munich había impuesto a la organización de una conferencia sobre «*Germany's future in the shade of political extortion?*» en la que se tenía prevista la intervención del D. IRVING, presentado como conocido «revisionista histórico». En concreto, se había impuesto a la organización que al iniciar el encuentro debía informar sobre la responsabilidad penal de aquellas expresiones que podían incurrir en incitación al odio, insultos o difamación a la memoria de los muertos y se le ordenaba detener el acto inmediatamente si tuvieran lugar afirmaciones de este género. Pues bien, la Comisión, como en los casos anteriores, enjuició tales medidas de conformidad con la libertad de expresión protegida por el Convenio a través del triple test. Concluía que la medida estaba «prevista por ley» y afirmaba que tales restricciones quedaban legitimadas sobre la base de la «prevención del desorden y del delito» y para la «protección de la reputación y los derechos de otros». En la valoración sobre la existencia de una «necesidad social imperiosa» interpretó ésta, como venía haciendo, a la luz del art. 17 CEDH, y volvió a recordar que las afirmaciones negando o cuestionando la persecución de judíos en el régimen Nazi resultaban contrarias a los principios del Convenio. Atendiendo entonces a las manifestaciones del caso, y vistas el tipo de medidas impuestas, la Comisión concluía que resultaban proporcionales y las consideraba legítimas en el ámbito del Convenio.

En 1996 se presentó ante la Comisión el primer recurso por una condena en Francia bajo la Ley Gayssot en el caso **Marais c./Francia**²⁴⁵. Se trataba de una condena por la publicación de un artículo negando la existencia de cámaras de gas en campos de concentración (en concreto en el campo de concentración de Struthof). La Comisión, a diferencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, no hizo ningún juicio sobre la Ley francesa en sí misma y analizó en concreto las circunstancias del caso. En la realización del escrutinio volvió a situar los fines de tal injerencia en la prevención del delito y en la protección de la reputación y los derechos de otros. Además, puso de manifiesto que el Convenio en su art. 10.2 no hace distinciones en su aplicación sobre si se trata de investigaciones o publicaciones de género científico, por lo que los límites serían los mismos para cualquier tipo de expresiones. No entró, por tanto, a juzgar si este tipo de manifestaciones eran o no expresión de una labor científica o académica. Por su

²⁴⁴ Decisión de 29 de noviembre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern c./Alemania.

²⁴⁵ Decisión de 24 de junio de 1996, sobre la admisibilidad del caso Marais c./Francia.

parte, como en los casos anteriores, la Comisión, a la hora de valorar la «necesidad en una sociedad democrática», recurrió a una interpretación reforzada a partir del art. 17 CEDH. En este punto la Comisión sí que advirtió que los tribunales nacionales habían puesto de manifiesto que el apelante, bajo la cobertura de un propósito científico, lo que pretendía era simplemente negar la existencia de cámaras de gas y del genocidio nazi, por lo que habría perseguido unos fines contrarios a los principios de la Convención con tales manifestaciones. Tal consideración fue la que permitió a la Comisión concluir que existían «razones suficientes» para condenar bajo el parámetro del art. 10.2 CEDH. Igualmente rechazó el alegato de que se podría haber vulnerado el art. 6 CEDH y su derecho al debido proceso.

Por su parte, el D. IRVING dio lugar en 1996 a otra decisión de la Comisión en el **caso Irving c./Alemania**²⁴⁶. La demanda ante la Comisión se originó por la condena penal en Alemania recibida por D. IRVING por injurias y vilipendio a la memoria de los difuntos por las declaraciones que había realizado en un encuentro informativo en este país en las que sostuvo que las cámaras de gas son una invención. Los tribunales alemanes para condenarlo afirmaron que el gaseamiento de judíos en los campos de concentración nazis era un hecho histórico probado de común conocimiento sobre el que no cabía realizar prueba. Así las cosas, en primer lugar, el motivo de recurso de D. IRVING se centró en una violación del art. 6 por no haberse respetado las reglas del debido proceso al haberle denegado la posibilidad de probar sus afirmaciones sobre el Holocausto. Motivo que rechazaba la Comisión como había hecho en decisiones anteriores. La Comisión reiteró que, como regla general, era a los tribunales nacionales a quienes les correspondía determinar las pruebas que se entendieran relevantes y hacía notar que los tribunales alemanes, sobre la base de jurisprudencia constitucional, habían venido admitiendo el gaseamiento de judíos en Auschwitz como un hecho histórico probado y, por tanto, de común conocimiento que no necesitaba y sobre el que no cabía prueba a contrario. Una práctica que la Comisión consideraba que era conforme con el artículo 6 CEDH y la exigencia de un debido proceso (lo que incluye la posibilidad de presentar pruebas y testigos). En segundo lugar, la Comisión analizó la posible vulneración del art. 10 CEDH y sometió las medidas impuestas al escrutinio ya conocido. La Comisión repitió que las manifestaciones negacionistas, a la luz del artículo 17 CEDH, «avanzan contra una de las ideas básicas de la Convención, como vienen expresadas en su preámbulo, a saber la justicia y la paz, y además se

²⁴⁶ Decisión de 29 de junio de 1996, sobre la admisibilidad del caso Irving c./Alemania.

reflejan en una discriminación racial y religiosa»²⁴⁷. Ahora bien, como en los casos anteriores, ello no llevó a la Comisión a privar de manera inmediata de protección a tales manifestaciones. Consideró entonces que «el interés público en la defensa del orden y la prevención del delito en la población alemana debido a los comportamientos insultantes contra los judíos, y otras ofensas similares, y la necesidad de proteger su reputación y derechos, sobrepasan, en una sociedad democrática, la libertad del demandante de realizar publicaciones negando la existencia del gaseamiento de judíos bajo el régimen Nazi»²⁴⁸. Así las cosas, siguiendo la valoración de los casos anteriores y de esta manera tan apodíptica, la Comisión justificaba su ponderación sobre el carácter «necesario» para la imposición de tales medidas restrictivas para la libertad de expresión en una sociedad democrática.

El último caso en el que la Comisión se enfrentó directamente a expresiones negacionistas fue en 1998 en el asunto **Heerwig Nachtmann c./Austria**²⁴⁹. Los tribunales nacionales habían condenado a H. NACHTMANN por actividades nacionalsocialistas bajo el artículo 3h de la Ley de prohibición del Nacional Socialismo (*Verbotsgesetz*), por la publicación en el periódico del que era jefe del equipo editorial de un artículo titulado «*Natural laws apply to Nazis and anti-fascist*», en el que, según los tribunales nacionales, procedía a una grosera denegación y minimización de los genocidios y otros crímenes Nacional Socialistas. En este artículo se afirmaba que el número de víctimas de los asesinatos masivos había sido exagerado y que tales gaseamientos era técnicamente imposible que se hubieran llevado a cabo. Ante la posible violación del artículo 10 del Convenio con esta condena, la Comisión aplicó su test como en las decisiones anteriores. Así las cosas, reconoció que se trataba de una medida prescrita por ley y que tenía como finalidad la prevención del desorden y del delito y la protección de la reputación ajenas. Al analizar la «necesidad en una sociedad democrática» la Comisión repitió, como declaración de partida, la licitud de prohibir actividades que fueran expresión de ideas nacionalsocialistas, tanto en Austria como bajo la experiencia del propio Convenio, lo que las podía justificar como medidas necesarias en una sociedad democrática en interés de proteger la seguridad nacional y en la

²⁴⁷ [The Commission finds that the applicant's statements ran counter one of the basic ideas of the Convention, as expressed in its preambular, namely justice and peace, and further reflect racial and religious discrimination].

²⁴⁸ [The public interests in the prevention of crime and disorder in the German population due to insulting behaviour against Jews, and similar offences, and the requirements of protecting their reputation and rights, outweigh, in a democratic society, the applicant's freedom to impart publications denying the existence of the gassing of Jews under the Nazi regime.].

²⁴⁹ Decisión de 9 de septiembre de 1998, sobre la admisibilidad del asunto Heerwig Nachtmann c./Austria.

prevención del delito²⁵⁰. Admitía así la cobertura de tal injerencia en el art. 10.2 CEDH. Del mismo modo, refería también el art. 17 CEDH y reiteraba que la libertad de expresión del art. 10 no podía ser invocada en un sentido contrario al art. 17 CEDH. Analizaba entonces las expresiones en concreto y reconocía que las mismas minimizaban y negaban groseramente crímenes nacionalsocialistas. Recordó entonces que, como ha mantenido en ocasiones anteriores, «el Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y los derechos humanos y sus adeptos indudablemente persiguen fines del tipo de los referidos en el artículo 17»²⁵¹, y, sobre esta base, concluyó sin más, igual que en los casos anteriores, que las medidas consideradas eran «necesarias en una sociedad democrática».

C. Recapitulación: la «necesidad» del castigo de los discursos negacionistas del Holocausto en tanto que expresión de una ideología contraria a los valores del Convenio

A la luz de los distintos casos analizados se observa que la Comisión ha mantenido una postura de rechazo a las manifestaciones negacionistas, justificando por tanto su sanción. A estos efectos, la Comisión ha debido ponderar la libertad de expresión con los intereses que justificaban la restricción a la misma, siguiendo su forma de escrutinio tradicional, aunque con una particular atención al contenido específico de este tipo de manifestaciones. En todas estas decisiones concluía que la legislación anti-negacionista podía justificarse bajo el interés de la «defensa del orden y la prevención del delito» y en la «protección de la reputación o de los derechos ajenos». En algunos casos se ha visto cómo se refería también a la protección de la «seguridad nacional». Y es que la Comisión ha recurrido a tales finalidades sin hacer un enjuiciamiento más profundo sobre la verdadera naturaleza de los tipos penales que daban lugar a la sanción. En cualquier caso, lo que sí parece es que la Comisión reconoce en las expresiones de negacionismo del Holocausto un contenido inherentemente ofensivo para los judíos y, además, las vincula de manera directa como expresión de la ideología nacionalsocialista. De tal forma que, como se ha visto, a partir del asunto B.H., M.W., H.P. y G.K. c/Austria (1989)²⁵², la Comisión, cuando se trata de manifestaciones negacionistas, recurre

²⁵⁰ Entre otras, así se ha visto que se pronunciaba en la Decisión de 2 de septiembre de 1994, sobre la admisibilidad del asunto Walter Ochensberger c./Austria.

²⁵¹ [*National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17*].

²⁵² Decisión de 12 de octubre de 1989, sobre la admisibilidad del caso B.H., M.W., H.P. y G.K. c/Austria.

al art. 17 CEDH para reforzar la legitimidad de la restricción. Así las cosas, ha llegado a la conclusión en los distintos casos planteados de que con este discurso se perseguían unos fines contrarios a la Convención y, sobre esta base, la Comisión ha rebajado entonces el rigor del escrutinio que realizaba, en el sentido de que, una vez que ha comprobado que la finalidad de las manifestaciones está dentro de las consideradas por el artículo 17 CEDH, prácticamente no enjuicia la «necesidad» de la restricción y las sanciones se consideran adecuadas y necesarias para la consecución de los fines mencionados en una sociedad democrática. Algo que, para el caso de las expresiones negacionistas, se convierte casi en una constatación objetiva sobre la base del propio contenido de las mismas. En definitiva, la Comisión no llega a realizar una exclusión radical del discurso negacionista por su propio contenido del ámbito de protección del artículo 10 CEDH, pero sí que es cierto que rebaja de manera extraordinaria el estándar de ponderación y prácticamente no entra en mayores enjuiciamientos fuera del contenido y los fines ilegítimos perseguidos, los cuales asocia además de forma casi insoluble a este tipo de manifestaciones²⁵³. El *iter lógico* de la Comisión ha sido: al comprobar que se trata de expresiones negacionistas, vincula a las mismas casi de forma

²⁵³ Esta forma de enjuiciamiento no es exclusiva en el proceder de la Comisión para las expresiones negacionistas, sino que este escrutinio del art. 10 a la luz del artículo 17 lo sigue también para otros tipos de discursos, y en particular para expresiones racistas o xenófobas y aquellas que supongan la difusión de la ideología nazi. En algunas decisiones muy iniciales la Comisión, aunque rechazaba dar protección a manifestaciones de esta índole, no invocaba sin embargo el artículo 17 (así, por ejemplo, la decisión de 21 de mayo de 1976, sobre la admisibilidad del caso X. c./Italia, admitiendo la condena por haber creado un movimiento político sobre la base de la ideología fascista). Si bien, de manera muy temprana la Comisión ya comenzó a valorar para privarlas de protección el contenido de tales expresiones teniendo en consideración su finalidad contraria al artículo 17 CEDH. Así, la decisión de 11 de octubre de 1979, sobre la admisibilidad del caso J. Glimmerveend y J. Hagenbeek c./Países Bajos, en la que, ante un caso de propaganda política xenófoba, la Comisión concluyó que los deberes y responsabilidades que acompañan al ejercicio de la libertad de expresión se ven reflejados en particular en el artículo 17 del Convenio, en cuya virtud no se debía permitir el recurso al artículo 10 CEDH para expresar ideas que son radicalmente discriminatorias; limitando así su escrutinio a constatar que las mismas perseguían tales finalidades excluidas de protección por mor del art. 17 CEDH. De manera similar en la decisión de 12 de mayo de 1988, sobre la admisibilidad del asunto Michael Kühnen c./República Federal Alemana, la Comisión reducía el juicio de «necesidad en una sociedad democrática» de unas sanciones por propaganda racista y nacionalsocialista, a la mera constatación de que los autores de tales manifestaciones pretendían «esencialmente» usar su libertad de expresión para actividades que resultan contrarias al espíritu de la Convención y que podrían contribuir a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos por el mismo conforme al art. 17. A este tipo de lectura del artículo 10 en relación con el artículo 17 recurre también en su decisión de 16 de abril de 1991, sobre la admisibilidad del caso Betty Purcell y otros c./Irlanda, pero en este caso en aras de luchar contra el terrorismo, cuya derrota es considerada como un interés público de primera importancia en una sociedad democrática, y justifica así una orden ministerial irlandesa por la que se prohíba la retransmisión de entrevistas o reportajes en relación con el IRA (y otras organizaciones afines).

inexcusable la finalidad de ir dirigidas contra los fines del Convenio y su idoneidad para servir de base para atentar contra los derechos y libertades reconocidos por el mismo, y, en consecuencia, legitima su castigo y considera tales medidas en sí mismas como «necesarias en una sociedad democrática».

3.2.3. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el discurso negacionista

A. Negacionismo y revisionismo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (estudio de los distintos casos)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha enfrentado en media docena de ocasiones con respuestas desiguales a casos de revisionismo o negacionismo, vinculados en particular con eventos de la II Guerra Mundial. La primera sentencia data de 1998 en un supuesto de condena por actividades de revisionismo histórico (más que de puro negacionismo), en el asunto **Lehideux y Isorni c./ Francia (1998)**²⁵⁴. La demanda ante el Tribunal venía presentada por el señor LEHIDEUX, que fue Secretario de Estado en el Gobierno del mariscal PÉTAİN (de septiembre de 1940 a abril de 1942) y era presidente de la Asociación para la defensa de la memoria del mariscal PÉTAİN, y por el señor ISORNI, que en 1945 había sido nombrado para asistir al Decano del Colegio de Abogados en la defensa del mariscal Pétain ante el Alto Tribunal de Justicia que lo condenó a pena de muerte y a la degradación nacional por haber mantenido contactos con Alemania para favorecer las empresas del enemigo. Ambos habían sido condenados por un anuncio que el 13 de julio de 1984 se había publicado en el diario *Le Monde* a página entera con el título «Franceses, tenéis la memoria muy corta», y con subtítulo «Philippe Pétain, 17 de junio de 1941», en el que se invitaba a escribir a la Asociación para la defensa de la memoria del mariscal PÉTAİN y a la Asociación nacional Pétain-Verdun. El texto recordaba etapas de la vida pública del mariscal PÉTAİN y presentaba sus acciones tanto militares como políticas de forma positiva. Tras un controvertido proceso, finalmente resultaron condenados por los tribunales franceses por delitos de apología de crímenes y delitos de colaboración con el régimen nazi, al considerar que se había glorificado la figura del mariscal PÉTAİN obviando su colaboracionismo con los nazis para el traslado de judíos

²⁵⁴ STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia [traducción tomada de la base de datos WestlawES].

franceses a los campos de concentración, hechos que eran ocultados en el manifiesto.

De esta suerte, se planteaba al Tribunal Europeo la compatibilidad de esta sanción con la libertad de expresión reconocida por el Convenio. En su enjuiciamiento el Tribunal descartó aplicar de manera autónoma el artículo 17 CEDH y, como hiciera la Comisión en sus decisiones sobre el negacionismo, decidió que «procederá, en primer lugar, al examen del cumplimiento del artículo 10 CEDH, donde apreciará, sin embargo, las exigencias a la luz del artículo 17». Así las cosas, el Tribunal, al verificar el cumplimiento del artículo 10 CEDH, reconoció que la presentación que se hacía en el artículo de la política llevada a cabo por PÉTAİN resultaba forzada y alejada de la que los historiadores asumían; pero, sin embargo, consideró «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». Ahora bien, añadía una importante diferenciación: «A este respecto, escapa de la categoría de hechos históricos claramente probados –como el Holocausto- cuya negación o revisión, el artículo 17 sustraería a la protección del artículo 10». Las expresiones negacionistas del Holocausto, por tanto, sí que entendía que debían quedar excluidas de protección *ex radice*. Pero, como en el caso en cuestión los demandantes no parece que hubieran querido «negar o revisar» los crímenes nazis –que ellos mismos califican de «atrocidades»-, sino que únicamente habían ofrecido una valoración positiva de lo que es conocido como el «doble juego» mantenido por el Gobierno VICHY, del que era primer ministro PÉTAİN, entonces sí que se podrían beneficiar de la protección del Convenio. De esta manera procedía entonces a analizar si el castigo impuesto era «necesario en una sociedad democrática» y para ello entraba a analizar el contenido concreto de las manifestaciones sancionadas. En este análisis el Tribunal afirmó que no cabría duda de que «la justificación de una política pronazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10»; pero volvía a advertir que, en este caso, los demandantes se habrían separado de las mismas. Lo que buscaban «no eran tanto el elogio de una política sino el de un hombre, y esto con una finalidad que el Tribunal de apelación reconoció, aunque no el motivo, por lo menos la pertinencia y la legitimidad: la revisión de la condena de Philippe Pétain». En cuanto al hecho de que los demandantes hubieran mantenido silencio sobre la colaboración históricamente demostrada del Gobierno francés con tales «atrocidades» nazis, consideró el Tribunal que no se podían juzgar en abstracto y que, aunque «la gravedad de estos hechos, crímenes contra la humanidad, aumenta la gravedad de cualquier intento de ocultarlos», sin embargo «por muy moralmente condenable que sea, el silencio mantenido por ellos en el texto requiere, sin embargo, ser examinado a la luz de un determinado número de otras

circunstancias presentes en este caso». Situaba entre ellas, por ejemplo, que «esta página de la historia de Francia sigue estando dolorosamente inscrita en la memoria colectiva», como había señalado el Gobierno francés en sus alegaciones, pero, al mismo tiempo, el Tribunal apreció 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». También añadía como valoración que la publicación litigiosa estaba en el objeto social de unas asociaciones legales, y la existencia de otros medios de intervención y de refutación menos gravosos, sobre todo vías civiles, antes que recurrir a la sanción penal. Todo ello llevó al Tribunal a considerar desproporcionada y, por tanto, no necesaria la condena impuesta y a estimar la vulneración del artículo 10 del Convenio.

Una sentencia que encontró, sin embargo, varios votos particulares. Algunos votos concurrentes muy contundentes como el del juez MEYER, que declaró abiertamente que había habido una vulneración de la libertad de expresión y que tales sanciones no se podían justificar; o el del Juez JAMBREK que llamaba a una aplicación estricta del artículo 17 CEDH. Frente a ellos se situó otro notable grupo de jueces disidentes con la sentencia, los cuales defendieron que la medida sí que resultaba necesaria y proporcionada²⁵⁵. El juez MORENILLA, también disidente, sin embargo lo era desde la perspectiva de considerar al juez nacional mejor situado que el Tribunal para apreciar el carácter necesario de la sanción.

En el segundo de los casos, el asunto **Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania (1999)**²⁵⁶, el Tribunal resolvió la admisibilidad de una demanda por la sanción en un supuesto, en este caso sí, de negacionismo del Holocausto. El demandante había sido condenado por menosprecio a la dignidad de los difuntos bajo el art. 189 del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch*), por haber dirigido unas cartas a políticos en las cuales protestaba contra la propuesta de enmienda del Código penal para sancionar el negacionismo y en los que él mismo realizaba afirmaciones negatorias del Holocausto, al que calificaba como «mentira histórica» (*Geschichtslügen*) y se refería a las cámaras de gas como las «así llamadas». El Tribunal, ante la injerencia que suponían tales sanciones sobre la libertad de expresión, sometió las mismas a escrutinio. A estos efectos, constató que se encontraban previstas por ley y podían encontrar legitimación en fines del Convenio, como serían «la defensa del orden y la prevención del delito» y la «protección de la reputación o de los derechos ajenos». Al analizar entonces si se trataba de una medida «necesaria en una sociedad democrática», entendida como «necesidad social imperiosa», el Tribunal

²⁵⁵ Así los votos de los jueces FOIGHEL, LOIZOU, HOHN FREELAND Y EL JUEZ CASADEVALL.

²⁵⁶ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 20 de abril de 1999, sobre la admisibilidad del asunto Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania.

procedió a ponderar pero en relación con el art. 17 del Convenio. En la valoración de las manifestaciones consideró que «las afirmaciones del recurrente negando la existencia de las cámaras de gas y los asesinatos masivos a este respecto y con referencia a “mentiras históricas” incrementan el menosprecio a la dignidad de los difuntos que tuvieron un destino particularmente cruel»²⁵⁷ y se acogió a la doctrina que ya había indicado en su sentencia anterior (y a la que apuntaba la Comisión), según la cual «la negación o revisión de hechos históricos claramente establecidos –como es el Holocausto- es retirada de la protección del artículo 10 por mor del artículo 17»²⁵⁸. Sobre esta base, el Tribunal resolvió su ponderación afirmando que «que el interés público en la prevención del delito y del desorden debido a las afirmaciones de menosprecio sobre el Holocausto, y los requisitos para la protección de los intereses de las víctimas del régimen nazi, tienen un mayor peso, en una sociedad democrática que la libertad del apelante de expresar sus visiones negando la existencia de cámaras de gas y los asesinatos masivos»²⁵⁹. Con lo que concluyó la inadmisión de la apelación al considerar que «fueron razones relevantes y suficientes para la condena del apelante. La injerencia en cuestión puede, por tanto, ser entendida como necesaria en una sociedad democrática»²⁶⁰, sin que pudiera apreciarse quebrantamiento del art. 10 CEDH.

En este marco se debe considerar también la decisión de admisibilidad del Tribunal al asunto **Hans Jorg Schimanek c./Austria (2000)**²⁶¹, en la que se enfrentó a una sanción por actividades nacionalsocialistas y, entre las mismas, actividades negacionistas. El Tribunal consideró las expresiones negacionistas como una actividad más dentro del género de actos nacionalsocialistas. En concreto, H. J. SCHIMANEK había sido sancionado bajo la Ley de prohibición del Nacional Socialismo (*Verbotsgesetz*) como líder de una asociación entre cuyas actividades estaba la glorificación de los dictadores del III Reich, su ejército, la SA y la SS, la negación sistemática de los exterminios masivos usando cámaras de gas y la transmisión de la ideología Nacional Socialista (entre otras). Al someter a

²⁵⁷ [the applicant's statements denying the existence of gas chambers and mass killing therein and his reference to "historical lies" amounted to disparaging the dignity of the deceased who had a particularly cruel fate].

²⁵⁸ [the negation or revision of clearly established historical facts –such as the Holocaust- would be removed from the protection of Article 10 by Article 17].

²⁵⁹ [the Court finds that the public interest in the prevention of crime and disorder due to disparaging statements regarding the Holocaust, and the requirements of protecting the interest of the victims of the nazi regime, outweigh, in a democratic society the applicant's freedom to impart views denying the existence of gas chambers and mass murder therein].

²⁶⁰ [these were relevant and sufficient reasons for the applicant's conviction. The interference at issue could, therefore, be regarded as necessary in a democratic society].

²⁶¹ Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c./Austria.

escrutinio la sanción impuesta, el Tribunal constató, en primer lugar, que se trataba de una medida prevista por ley. En cuanto a la finalidad legítima prevista por la misma, el Tribunal retomó su propia doctrina y mantuvo que la prohibición de actividades nacionalsocialistas era lícita tanto en Austria como de conformidad con el marco de la Convención, en vista del pasado histórico que sirve de base a la misma, y por tanto podían ser justificadas como necesarias en interés de la «seguridad nacional y la integridad territorial», así como de la «prevención del delito». Sentado esto, sería entonces cuando referiría su doctrina sobre el art. 17 CEDH para confirmar que la libertad de expresión garantizada por el art. 10 no podía ser invocada en sentido contrario al art. 17 CEDH. De esta manera, el Tribunal concluía su escrutinio preocupándose únicamente de constatar que las actividades habían sido castigadas porque verdaderamente perseguían unos fines nacionalsocialistas; determinado lo cual, admitió que su sanción resultaba necesaria en una sociedad democrática conforme al art. 10 CEDH, aplicado de conformidad con el artículo 17 CEDH. Consideró, como ya se había visto en las decisiones de la Comisión, que el «Nacional Socialismo es una doctrina incompatible con la democracia y los derechos humanos y sus partidarios persiguen indudablemente fines de los del tipo de los referidos en el Artículo 17 de la Convención. En estas circunstancias, el Tribunal concluye que de conformidad con el Artículo 17 la sanción del demandante fue necesaria en una sociedad democrática dentro del ámbito del párrafo segundo del artículo 10»²⁶². El Tribunal no dejaba así otra posibilidad: las actividades inspiradas en la ideología nacionalsocialista iban a quedar fuera de la protección del Convenio Europeo de manera necesaria por la intención que las mismas persiguen.

Si bien, ha sido en el caso **Roger Garaudy c./Francia (2003)**²⁶³ donde el Tribunal ha asentado de forma más contundente su posición frente a las manifestaciones negacionistas del Holocausto. En este asunto el apelante, R. GARAUDY, cuyas actividades ya fueron presentadas en el segundo capítulo, había sufrido varias condenas conforme a la Ley de Prensa francesa de 29 de julio de 1881 (Ley Gaysot) por algunos pasajes de su libro *The Founding Myths of Israeli Politics* en los que venía a minimizar y a cuestionar el Holocausto nazi²⁶⁴. El Tribunal afrontó el alegado de vulneración del art. 10 del Convenio, pero distinguiendo entre aquellas expresiones puramente negacionistas y otras partes

²⁶² [National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17 of the Convention. In these circumstances, the Court concludes that it derives from Article 17 that the applicant's conviction was necessary in a democratic society within the meaning of the second paragraph of Article 10.].

²⁶³ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia.

²⁶⁴ Sobre este autor puede verse lo ya dicho en Cap. 2, epígrafe 2.2.

del libro por las que había sido también condenado que suponían una crítica a actuaciones del Estado de Israel y de la comunidad judía. Algo que permite ya observar el diferente criterio de escrutinio que utiliza el Tribunal según el tipo de discurso. A las afirmaciones estrictamente negacionistas aplicó de manera rigurosa la doctrina anterior recurriendo al art. 17 CEDH para inadmitir la apelación. Recordaba la doctrina fijada según la cual el art. 17 del Convenio vendría a excluir de protección a cualquier discurso que justificara políticas pro-Nazis y negara un hecho histórico claramente establecido como es el Holocausto. Una exclusión que sostenía sobre la base de que se trataba de afirmaciones «incompatibles *ratione materiae*» con el Convenio. A este respecto, el Tribunal consideró que el apelante había usado «su derecho a la libertad de expresión para fines contrarios al texto y al espíritu de la Convención. Unos fines que, si se admitieran, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades garantizados por la Convención»²⁶⁵. Una afirmación que, como se ha venido viendo, constituye una presunción casi inatacable por la cual se concluye que toda persona que niega el Holocausto persigue de manera necesaria una finalidad de promoción del nazismo. Para el Tribunal parece difícil imaginar que un negacionista del Holocausto pueda perseguir otros fines, como podría ser un propósito de investigación histórica. Sobre esta cuestión el Tribunal tuvo claro que el Holocausto era un hecho incuestionable: «basándose en numerosas citas y referencias, el apelante cuestiona la realidad, amplia y seria de estos eventos históricos que no son materia a debate entre historiadores, sino –al contrario- están claramente establecidos»²⁶⁶. Algo que remataba de forma muy concluyente en un párrafo que merece ser citado *in extenso* por la validez general de su afirmación, que supera las circunstancias del caso en concreto: «No puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como es el Holocausto, como el recurrente hace en este libro, 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

²⁶⁵ [his right to freedom of expression for ends which are contrary to the text and spirit of the Convention. Such ends, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms guaranteed by the Convention].

²⁶⁶ [Relying on numerous quotations and references, the applicant questions the reality, extent and seriousness of these historical events that are not the subject of debate between historians, but –on the contrary- are clearly established].

basa la lucha contra el racismo y el anti-Semitismo y constituyen una seria amenaza contra el orden público. *Este tipo de actos son 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»* (énfasis míos)²⁶⁷. Es la justificación a por qué el Tribunal excluye de protección el discurso negacionista del Holocausto de manera tan radical por su propio contenido material («incompatible *ratione materiae*»). No son necesarios mayores escrutinios o ponderaciones, se trata simplemente de un discurso que por su contenido y finalidad carece de protección en el ámbito del Convenio Europeo. Una posición que, como decía, contrasta con la que mantuvo al analizar en este mismo caso las críticas dirigidas contra el Estado de Israel y la comunidad judía, las cuales sometió al escrutinio clásico derivado de la ponderación conforme a los límites del art. 10 CEDH. Es cierto que también aquí la argumentación seguida por el Tribunal fue parca y finalmente rechazó la apelación de la parte recurrente, admitiendo la sanción por las mismas, pero lo hizo sin recurrir a esa exclusión de plano que sobre la base del art. 17 CEDH había mantenido para el discurso negacionista.

Sin embargo, esta doctrina mantenida para las expresiones negacionistas contrasta con la que el Tribunal Europeo ha sostenido en otros supuestos que, aunque no sean de negacionismo, sí que mantienen una gran afinidad, como son los casos de revisionismo o en general de investigaciones históricas controvertidas en materias que afectan a la II Guerra Mundial. Así se ha visto en el caso *Lehideux y Isorni c./ Francia* (1998), y en sentido similar en 2004 el Tribunal afrontó en el caso **Chauvy y otros c./Francia**²⁶⁸ un nuevo asunto que afectaba a una investigación histórica controvertida sobre un importante evento de la resistencia francesa, el encuentro de Caluire²⁶⁹. El Sr. CHAUVY había sido autor de un libro

²⁶⁷ [There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history. Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights to others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention].

²⁶⁸ STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia.

²⁶⁹ Se trató de evento de gran importancia en la historia de la resistencia francesa y de la II Guerra Mundial, en el que Klaus BARBIE el 21 de junio de 1943, responsable regional de la Gestapo, detuvo a los principales líderes de la Resistencia en el encuentro que mantenían en Caluire, sin que se haya podido establecer todavía quien los traicionó.

titulado *Aubrac, Lyon 1943* en el que afronta el evento de Caluire y por el cual había sido demandado por difamación por los señores AUBRAC que consideraban que éste contenía afirmaciones difamatorias contra los mismos. Los tribunales franceses condenaron al Sr. CHAUVY por tales cargos, advirtiendo que sus afirmaciones no eran fruto de una investigación histórica de buena fe ni mantenían el rigor exigible. Por tanto, aunque el problema naciera del carácter difamatorio de las afirmaciones, sin embargo, en lo que a este estudio importa, el Tribunal Europeo se vio también llamado a pronunciarse sobre los límites de la protección de unas afirmaciones fruto de una, en principio, investigación histórica. Ante esta problemática el Tribunal procedió conforme a su triple escrutinio. En primer término, comprobó que la medida estaba prevista por ley y legitimada en la protección de la reputación ajena. Ahora bien, cuando llegó al análisis del carácter «necesario en una sociedad democrática», el Tribunal recordó su doctrina general pero deteniéndose en particular a considerar el hecho de que se veía afectada una investigación histórica. Y es aquí donde, en contraste con las manifestaciones de género negacionista que como se ha visto excluía del debate histórico, el Tribunal señalaba 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»²⁷⁰. Así las cosas, como había ya sostenido en el asunto *Lehideu y Isorni c./Francia*, consideraba que la cuestión sobre la que se presentaba el caso no pertenecía a la categoría de «hechos históricos claramente establecidos –como el Holocausto- cuya negación o revisión queda expulsada de la protección del Artículo 10 por el Artículo 17 de la Convención», y, por tanto, entendía necesario realizar un escrutinio concreto de la proporcionalidad y necesidad de la sanción impuesta. Es sobre la base de éste que valoraba entonces el interés público de la información publicada y la ponderación realizada por los tribunales nacionales, así como la naturaleza de las sanciones impuestas, lo que permitió al Tribunal concluir que las medidas adoptadas no habían sido desproporcionadas y, por tanto, no se podían considerar contrarias al art. 10 del Convenio.

En esta misma línea jurisprudencial se situó la sentencia del Tribunal al caso **Monnat c./Suiza (2006)**²⁷¹. El Sr. MONNAT era periodista y responsable de un programa llamado *Temps présent* en una radio televisión suiza y como parte de este programa emitió el 6 y el 11 de marzo de 1997 un reportaje bajo el título

²⁷⁰ [it is an integral part of freedom of expression to seek historical truth and it is not the Court's role to arbitrate the underlying historical issues, which are part of a continuing debate between historians that shapes opinion as to the events which took place and their interpretation].

²⁷¹ STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c./Suiza*.

Switzerland's lost honour sobre la posición de Suiza en la II Guerra Mundial. En este reportaje se realizaron duras críticas a la posición de Suiza en esta guerra, describiendo entre otras cuestiones las afinidades que existieron con el régimen alemán. Trataba así de romper el «mito» de la neutralidad suiza y de su defensa de la democracia. El problema se planteó entonces porque este reportaje fue sancionado por la autoridad responsable de la supervisión de la radio y de la televisión conforme a la Ley suiza de Radio y de Televisión Federal, según la cual los programas de radiotelevisión deben ser plurales y las visiones personales en ellos deben ser identificables como tales. Ante esta cuestión, el Tribunal tuvo que afrontar si esta injerencia sobre la libertad de expresión quedaba justificada. La medida estaba prescrita por ley y encontraba una finalidad legítima en la protección de los derechos de los televidentes. Como en el caso anterior, el núcleo de la decisión se centró en el enjuiciamiento sobre la «necesidad en una sociedad democrática» de tal medida, con especial atención a la investigación histórica. A este respecto, el Tribunal recordaba nuevamente que «es una parte integrante de la libertad de expresión la búsqueda de la verdad histórica, pero considera que no está llamado a fijar la cuestión del rol que realmente jugó Suiza en la Segunda Guerra Mundial, lo cual es parte de un debate que continúa entre los historiadores»²⁷². Mantenía así, como en los casos *Lehideux y Isorni c./ Francia y Chauvy y otros c./Francia*, que estos hechos no iban a afectar a ese núcleo incuestionable que es el Holocausto nazi, sino que, por el contrario, se referían a un debate histórico sobre el que no le competiría entrar como Tribunal. Y es que llegaba a definir el debate histórico como «una esfera en la cual es improbable que nada cierto exista»²⁷³. De manera que el Tribunal sometía las afirmaciones a su escrutinio general, en el que hacía una valoración concreta de las distintas circunstancias para justificar la necesidad y proporcionalidad de las medidas. Entre éstas tuvo en cuenta, por ejemplo, el hecho de que los eventos hubieran sucedido hacía más de cincuenta años, por lo que formarían parte del esfuerzo que todo país debía asumir para debatir de manera abierta y desapasionada sobre su propia historia. Así las cosas, en base a estos y otros argumentos (como el tratarse de una cuestión de interés público en debate, su carácter político, etc.), el Tribunal terminó concluyendo que, a la luz de las circunstancias, la medida no era necesaria en una sociedad democrática y que, por tanto, había habido una violación del art. 10 del Convenio.

²⁷² [it is an integral part of freedom of expression to seek historical truth, but considers that it is not called upon to settle the issue of the role actually played by Switzerland in the Second World War, which is part of an ongoing debate among historians].

²⁷³ [in a sphere in which it is unlikely that any certainty exists].

Por su parte, aunque no se trate de un asunto ni de negacionismo ni de revisimonismo histórico, también presenta un particular interés el caso **Orban y otros c./Francia (2009)**²⁷⁴, el cual tuvo origen en una condena en Francia por el delito de apología de crímenes de guerra, muy cercano por tanto al delito de negacionismo francés. Un caso, además, que se planteó por la publicación de un libro donde se justificaban acciones criminales pasadas que habían sido realizadas por los servicios secretos franceses en la guerra de Argel²⁷⁵. Las manifestaciones que habían sido sancionadas, más que una apología a cometer un delito, eran una justificación de crímenes pasados. Destaca entonces cómo el Tribunal ponderó también aquí las sanciones impuestas dentro de los límites del artículo 10 CEDH pero sin hacer ninguna referencia al artículo 17 CEDH. Así las cosas, el Tribunal, tras constatar que la medida estaba prevista por ley, encontró justificación para la sanción en la «defensa del orden y la prevención del delito». En la ponderación en concreto de la necesidad de la medida, el Tribunal, por ejemplo, analizó elementos como la motivación del autor²⁷⁶ o los efectos que podría tener este libro sobre las víctimas que sufrieron tales actos calificados de crímenes de guerra (ello a pesar de que no había considerado como un fin legitimante de la sanción la «protección de la reputación y los derechos ajenos»). A este respecto el Tribunal, frente al alegato del Gobierno francés de que «el recuerdo de las torturas practicadas por algunos militares franceses sigue estando muy vivo y es doloroso para aquellos que las han sufrido», consideró, sin embargo, que «los hechos evocados se

²⁷⁴ STEDH (Sección 5ª) de 15 de enero de 2009, caso Orban y otros c./Francia [Traducción de la base de datos WestlawEs].

²⁷⁵ El Sr. ORBAN y el resto de codemandantes habían sido condenados bajo el delito de apología de crímenes de guerra y por complicidad en dicho crimen (art. 24 de la Ley de 29 de julio de 1981 sobre la libertad de prensa), por la publicación del libro *Services Spéciaux Algérie 1955-1957*, en el que se recogían las memorias de Paul AUSSARESSES, ex-miembro de los servicios secretos franceses, el cual justificaba sus actuaciones en Argelia, reconociendo como «legítimas» e «inevitables» las torturas y ejecuciones extrajudiciales que tuvo que llevar a cabo. Los tribunales franceses condenaron por este delito aún cuando las actuaciones en Argelia no habían sido reconocidas por ningún tribunal como crímenes de guerra, por entender que «algunas coacciones pueden constituir objetivamente crímenes de guerra aunque ningún tribunal penal internacional, al amparo de los textos que rigen el estatuto de tales tribunales, tenga competencia para enjuiciar a sus autores», de lo que se deducía que «el delito tipificado en el artículo 24 (§ 3) de la Ley sobre la libertad de prensa es aplicable a la apología de la tortura o a las ejecuciones extrajudiciales practicadas en caso de un conflicto armado» como es el caso de la guerra de Argelia. Del mismo modo, los tribunales franceses entendieron que debía sancionarse como apología expresiones de justificación de los delitos de genocidio, aunque no supusieran una instigación (directa) al delito.

²⁷⁶ El Tribunal no compartió con los tribunales franceses que el autor buscara con su libro persuadir a los lectores que la tortura y las ejecuciones fueran legítimas e inevitables, sino, más bien, dar un testimonio de un ex oficial que cuenta su experiencia. Tampoco asumió la visión de los tribunales franceses de que con la obra se buscara la «glorificación» de una persona que había sido autor de graves crímenes.

produjeron cuarenta años antes de su publicación» y estimó que «aunque es cierto que las palabras enjuiciadas en el presente caso no han perdido su capacidad de reavivar el sufrimiento, no es apropiado juzgarlas con el grado de severidad que podría justificarse hace diez o veinte años; por el contrario, se han de abordar con la perspectiva del tiempo»²⁷⁷. Consideraba el Tribunal, además, que se trataba de un debate de especial actualidad e importancia, de interés general. Por todo lo cual finalmente amparó al entender que se había producido una violación del art. 10 con la sanción. Resulta por tanto particularmente llamativo cómo, ante un tipo de discurso que *a priori* pudiera entenderse que resultaba de mayor gravedad que las mera negación de un crimen de guerra, el Tribunal no ha utilizado sin embargo su guillotina como sí que ha realizado para los discursos negacionistas; procediendo en este caso a una valoración contextual de la sanción del mismo. En esta valoración, aunque se trataba de la sanción por un delito de apología de un delito, el Tribunal no se detuvo en enjuiciar si las expresiones podían suscitar una instigación a la comisión de tales crímenes, sino que, por tratarse de una justificación de crímenes pasados, valoró otros elementos como es la afectación que la justificación de los mismos pueda tener sobre las que fueron sus víctimas.

También se debe reseñar la decisión del Tribunal en el asunto **Bruno Gollnisch c./Francia (2011)**²⁷⁸. Se trata de un caso límite, tanto en sus elementos de hecho, por los términos en sí de las manifestaciones, que no pueden considerarse como un negacionismo puro, así como por las consideraciones sobre las que fundamenta la decisión el Tribunal. El Sr. GOLLNISCH era un diputado al Parlamento europeo y vicepresidente de un partido político, el *Front National* (F.N.) y profesor en la Universidad de Lyon III, el cual había realizado en una conferencia de prensa unas declaraciones recogidas por diferentes medios franceses que fueron consideradas con connotaciones revisionistas o negacionistas. En concreto había afirmado que el debate sobre el Holocausto sigue abierto y que los historiadores deben tener libertad para investigarlo y criticarlo, pero todo ello reconociendo al mismo tiempo que no negaba la existencia en sí de cámaras de gas y de atrocidades cometidas por el régimen nazi. También había criticado el informe «Rousso» sobre el racismo y el negacionismo de la Universidad

²⁷⁷ Se observa que el Tribunal valoró como uno de los elementos a considerar en su escrutinio la posible afectación de los sentimientos de las víctimas, aunque sea en este caso para descartarlo. A este respecto el Tribunal en el sentencia de 8 de julio de 2008 al asunto *Vajnai v./ Hungría*, consideraba que la exhibición de un símbolo que había estado asociado a un régimen totalitario podía afectar a sus víctimas, pero tales sentimientos por sí solos no justificaban la necesidad de limitar la libertad de expresión, sólo en el caso de que existieran un miedo racional a que se rehabilitara ese régimen (§ 57). Sobre esta sentencia se volverá a continuación.

²⁷⁸ Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 7 de junio de 2011, sobre la admisión del caso *Bruno Gollnisch c./Francia*.

de Lyon y había sostenido que el «Sr. Rousso aceptó una misión de policía del pensamiento», añadiendo que el «Sr. Rousso es un historiador contratado, una personalidad judía, ciertamente estimable, pero no se garantiza su neutralidad»²⁷⁹. Por tales manifestaciones la Universidad le abrió un expediente disciplinario que concluyó con la separación de la enseñanza y de la investigación en su universidad por un periodo de 5 años. En vía penal, a pesar de haber sido condenado por la *Cour d'appel* de Lyon, esta sentencia fue anulada por la *Cour de Cassation* que concluyó que en las declaraciones del Sr. GOLLNISCH no concurrían los elementos para poder aplicar el delito de justificación de crímenes contra la humanidad. El Tribunal Europeo tuvo por tanto que poner en contraste el art. 10 del Convenio con la sanción en vía administrativa recibida por el Sr. GOLLNISCH. En su análisis el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que el Sr. GOLLNISCH, más allá de su condición de político, se hubiera pronunciado sobre cuestiones relativas a la universidad en la que era profesor, por lo que, a juicio del Tribunal, su libertad de expresión debía entenderse sujeta a especiales deberes y responsabilidades tanto como funcionario público como por profesor. Sin embargo, debe destacarse que el Tribunal en este caso decidiera entrar a analizar la cuestión sin aplicar el art. 17 del Convenio. En realidad hizo un requiebro argumentativo llamativo para no aplicarlo. Y es que, por un lado, el Tribunal recordó que «no cabe duda de que cualquier proposición dirigida contra los valores sobre los que se basa el Convenio se vería sustraída por el artículo 17 a la protección del artículo 10»²⁸⁰; de manera que no desdice su doctrina anterior. Una declaración de recuerdo pero no por ello menos llamativa por su carácter guillotinator de la libertad de expresión: cualquier discurso que sea contrario a los valores del Convenio no se verá protegido por el mismo. Sin embargo, a renglón seguido el Tribunal entendía que

²⁷⁹ Las declaraciones que fundamentan su sanción habrían sido: «*Il n'y a aucun historien sérieux qui adhère intégralement aux conclusions du procès de Nuremberg, je pense que sur le drame concentrationnaire la discussion doit rester libre. Sur le nombre de morts, sur la façon dont les gens sont morts, les historiens ont le droit d'en discuter. L'existence des chambres à gaz, c'est aux historiens d'en discuter.*» «*Il n'existe plus aucun historien sérieux qui adhère intégralement aux conclusions du procès de Nuremberg. Cela ne fait pas de moi l'apologiste des crimes indiscutables commis par le National Socialisme au cours de la seconde guerre mondiale, régime pour lequel ni moi ni mes amis n'avons eu jamais la moindre sympathie. Le nombre effectif de morts, les historiens peuvent en discuter.*» «*Je ne mets pas en cause l'existence des camps de concentration, il y a eu des déportations pour des raisons raciales sans doute des centaines de milliers ou millions de personnes exterminées. Le nombre effectif des morts, 50 ans après les faits, les historiens pourraient en discuter. Moi je ne nie pas les chambres à gaz homicides mais la discussion doit rester libre.*» «*L'existence des chambres à gaz [dans les camps d'extermination], c'est aux historiens d'en discuter.*» «*M. Rousso a accepté une mission de police de la pensée, M. Rousso est un historien engagé, une personnalité juive, certes estimable, mais sa neutralité n'est pas garantie.*».

²⁸⁰ [ne fait aucun doute que tout propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention se verrait soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10].

en este caso no necesitaba pronunciarse sobre este extremo, ya que anticipaba que la propia apelación presentada sobre el art. 10 iba a resultar inadmisibles²⁸¹. Y justificaba entonces tal inadmisibilidad sobre la base del triple juicio que impone este artículo. Consideraba que la decisión venía prevista por la ley y se justificaba en razones legítimas y, al valorar la necesidad en una sociedad democrática, estudiaba los argumentos en los que se había basado la decisión de los órganos nacionales para castigar las manifestaciones y consideraba las razones aducidas por los mismos como «pertinentes y suficientes»; de forma que concluía la inadmisibilidad de la demanda ya anunciada. Así las cosas, esta decisión no se puede considerar, por tanto, un cambio en su jurisprudencia, sino, al contrario, una confirmación de la misma.

Más dudas abre, por último, la reciente sentencia de la sección 2ª del Tribunal al asunto **Perinçek c. Suiza (2013)**²⁸², en la que ha dado amparo a este político turco por unas declaraciones negacionistas del genocidio armenio que habían sido castigadas en Suiza en aplicación del delito de negación del genocidio. En cuanto a los hechos, el Sr. PERINÇEK, doctor en Derecho y presidente del Partido de los Trabajadores de Turquía, participó en diversas conferencias y cursos en Suiza en 2005 en los que públicamente negó que el Imperio Otomano hubiera perpetrado un genocidio con el pueblo armenio en 1915 y calificó incluso como «mentira internacional» a quienes así lo sostienen. Los tribunales suizos lo condenaron en aplicación del art. 261bis.4 de su Código penal como culpable de discriminación racial, imponiéndole varias penas de multa y privativas de libertad. En particular, el Tribunal Federal suizo, en sentencia de 12 de diciembre de 2007, confirmaba estas condenas al entender que el Código penal suizo castigaba el negacionismo en general del genocidio, sin hacer referencia a ningún acontecimiento histórico preciso. Ahora bien, para justificar el castigo del negacionismo de genocidios distintos al Holocausto, el Tribunal Federal entendía que debía acudir al «consenso» generalmente admitido de que los hechos negados fueran constitutivos de un genocidio –algo que, a juicio del Tribunal suizo, ocurría con la masacre de armenios realizada por Turquía-. Una afirmación a la que se había opuesto el Sr. PERINÇEK, y a la que también se opondría el gobierno Turco ante el TEDH, al entender que tal consenso no se da con respecto al genocidio armenio, el cual ni ha sido castigado por ningún tribunal internacional y sobre el que pueden encontrarse versiones encontradas social y académicamente. De hecho se da la paradoja de que en Turquía lo que puede ser delito es

²⁸¹ Literalmente afirmó: «*Toutefois, en l'espèce, la Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur ce point dès lors que le grief tiré de la violation de l'article 10 de la Convention est lui-même irrecevable*».

²⁸² STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza.

precisamente la afirmación de que la masacre armenia fue un genocidio, algo que fue reprochado por el TEDH en el asunto **Dink c. Turquía (2010)**²⁸³. Pues bien, en la resolución del caso *Perinçek c. Suiza*, el Tribunal Europeo perfilaba los contornos del enjuiciamiento de conductas negacionistas en relación con la libertad de expresión. En primer lugar, llama la atención, confirmando la «fuerza guillotinatora» con la que el Tribunal se vale del art. 17 CEDH, que consideró su aplicación antes de entrar al fondo del asunto, al valorar la admisibilidad de la cuestión. Como se ha venido viendo, para el Tribunal directamente serán inadmisibles aquellas demandas en las que se pretendan invocar las disposiciones del Convenio si se constata abuso por dirigirse contra los valores defendidos por el mismo. En el caso en cuestión, el Tribunal admitía que algunas de las expresiones por las que fue castigado eran susceptibles de provocar y reconocía que los tribunales internos habían percibido unos móviles «nacionalistas» y «racistas», si bien juzgó que había que considerar también que el Sr. PERINÇEK no había cuestionado en sí la existencia de las masacres y de las deportaciones sino su calificación jurídica como «genocidio» (§ 51). Así las cosas, a la luz de su propia jurisprudencia afirmaba que «el límite tolerable para que unas observaciones caigan bajo el artículo 17 reside en la cuestión de si un discurso tiene por objeto incitar al odio o a la violencia» (§ 52)²⁸⁴. Sin embargo, al entender del Tribunal, la negación de la cualificación jurídica del genocidio por su propia naturaleza no puede considerarse como una incitación al odio ni un ataque a las víctimas²⁸⁵. Aún más, el Tribunal estimaba que el recurrente «no abusó de su derecho a debatir abiertamente las cuestiones, incluso sensibles y susceptibles de desagradar. El ejercicio libre de este derecho es uno de los aspectos fundamentales de la libertad

²⁸³ STEDH (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2010, asunto *Dink c. Turquía*. Este caso se planteó por la condena de un periodista armenio por degradar la «identidad turca» como consecuencia de unos artículos que publicó en los que criticaba que no se reconociera el genocidio Turco con el pueblo armenio. El Tribunal amparó al periodista (ya muerto al tiempo de la sentencia) valorando el interés público de los hechos y su relación con el ámbito político que merece una particular protección. Y es que, a juicio del Tribunal, el periodista había sido castigado sin que concurriera ninguna componente de incitación al odio ni de insultos, por lo que traslucía que indirectamente había sido sancionado únicamente por el «afirmacionismo» del genocidio turco. *Cfr.* también la STEDH (2ª Sección) de 20 de mayo de 2010, asunto *Cox c./ Turquía*, en la que el Tribunal, con una escueta argumentación, amparó con base en el art. 10 CEDH a una profesora americana que fue expulsada de Turquía con prohibición de volver a entrar por haber hecho a sus alumnos declaraciones en las que manifestaba que Turquía había cometido una masacre en Armenia.

²⁸⁴ [la limite tolérable pour que des propos puissent tomber sous l'article 17 réside dans la question de savoir si un discours a pour but d'inciter à la haine ou à la violence.].

²⁸⁵ Concretamente afirmaba en el § 52: «La Cour estime que le rejet de la qualification juridique des événements de 1915 n'était pas de nature en lui-même à inciter à la haine contre le peuple arménien.».

de expresión, el cual distingue a una sociedad democrática, tolerante y pluralista de un régimen totalitario o dictatorial» (§ 52)²⁸⁶. Por otro lado, el Tribunal, aunque constataba que los tribunales suizos habían señalado que en el discurso el recurrente se identificaba con alguno de los promotores del genocidio armenio, lo cual se podría considerar como una suerte de intento de justificación de los actos tal y como había sido definido por el Tribunal Constitucional español, sin embargo no entraba en tal cuestión ya que el castigo se había producido por negar y no tanto por justificar el genocidio (§ 53). De manera que el Tribunal concluía que el recurrente no había utilizado la libertad de expresión «con fines contrarios a la letra y al espíritu del Convenio» (§ 54)²⁸⁷.

Decidido lo cual, el Tribunal pasaba a valorar el fondo del asunto valiéndose de su triple enjuiciamiento para el análisis de las injerencias a la libertad de expresión. El primer escollo surgió ya en la verificación de la «previsión legal» de la sanción impuesta. Y es que a juicio del Tribunal el término «un genocidio» que refiere el art. 261.bis, 4 Cp., podría suscitar dudas en cuanto a su precisión (§ 71). Sin embargo, en las circunstancias concretas del caso entendió que sí que era previsible el castigo y que el Sr. PERINÇEK era consciente de que podía ser sancionado por sus manifestaciones al momento de realizarlas. Ofrece así una lectura de la exigencia de determinación o de taxatividad de las normas basada no ya en la claridad del propio precepto sino en su previsibilidad a partir de las circunstancias concretas de su aplicación. En segundo lugar, en cuanto al carácter legítimo de los fines que podrían justificar el castigo, el Tribunal estimaba que la medida podría estar justificada sobre la base de la protección de los derechos de las personas, en particular de las familias de las víctimas de tales atrocidades; pero, sin embargo, no consideró suficientemente justificado que tal discurso pudiera poner en peligro el orden público (§ 75)²⁸⁸. Si bien, en tercer lugar, sería en la valoración del carácter necesario en una sociedad democrática de la medida donde se concentró el núcleo de la decisión. Así las cosas, el Tribunal recordaba su jurisprudencia anterior, tanto en lo referido a que la búsqueda de la verdad histórica forma parte de la libertad de expresión y que no le corresponde a éste

²⁸⁶ [le requérant n'a pas usurpé son droit de débattre ouvertement des questions, même sensibles et susceptibles de déplaire. L'exercice libre de ce droit est l'un des aspects fondamentaux de la liberté d'expression et distingue une société démocratique, tolérante et pluraliste d'un régime totalitaire ou dictatorial.].

²⁸⁷ [on ne saurait prétendre que le requérant ait utilisé le droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention].

²⁸⁸ Así, el Tribunal afirmaba en particular: «La Cour estime que la mesure litigieuse était susceptible de viser la protection des droits d'autrui, à savoir l'honneur des familles et proches des victimes des atrocités commises par l'Empire ottoman contre le peuple arménien à partir de 1915. En revanche, elle considère que la thèse du Gouvernement selon laquelle les propos du requérant risquaient de mettre gravement l'« ordre » en danger n'est pas suffisamment étayée».

arbitrar en cuestiones históricas incluidas en el debate entre historidores (§ 99), como en cuanto a que la libertad de expresión referida al discurso político o a cuestiones de interés general apenas permite restricciones (§ 100). Además, reiteraba que su valoración debería tener en cuenta las expresiones en su contexto y que deberían quedar amparados incluso aquellos discursos que pudieran herir, chocar o inquietar, sobre todo en ámbitos donde la «certeza es improbable» y las controversias todavía actuales (§ 102)²⁸⁹, y en particular señalaba que no se podía tratar igual cuando unos hechos son recientes que cuando el transcurso del tiempo exige que se haga un esfuerzo para el debate abierto y sereno de la propia historia (§ 103)²⁹⁰. Indicaba también cómo otro parámetro a considerar para tener en cuenta la proporcionalidad de la injerencia debiera ser la naturaleza y gravedad de las sanciones impuestas (§ 104). A partir de todo ello, el Tribunal aprovechaba para recordar su jurisprudencia en relación con el discurso del odio y la apología de la violencia en relación a la cuestión armenia (§ 105 y ss.).

Aplicando estos principios al caso en concreto, el Tribunal comenzaba manifestando que su pronunciamiento no versaría ni sobre la materialidad de las masacres y deportaciones armenias ni sobre su cualificación jurídica como genocidio; recordando además que es a las autoridades nacionales a las que les corresponde aplicar el Derecho nacional (§ 111). Su cometido quedaba por tanto delimitado en cuanto a «ponderar», de un lado, los derechos de las víctimas, y, de otro, la libertad de expresión. Para ello el Tribunal consideraba distintos elementos: en primer lugar, «*la naturaleza del discurso y el margen de apreciación de los tribunales internos*» (§ 112). Aquí, el Tribunal tomaba nota de que la cualificación como «genocidio de los eventos de 1915 son una cuestión de interés público y las intervenciones del recurrente se inscribirían en un debate «controvertido y animado»²⁹¹. Además, tenía en cuenta que el recurrente era doctor en Derecho y político y que se consideraba escritor e historiador, y, aunque las manifestaciones tuvieron un contenido más nacionalista y racista que históricas –como habían afirmado los tribunales suizos-, «la esencia de las declaraciones y de las tesis del recurrente se inscriben en un cuadro histórico, como lo muestra en particular el hecho de que se desarrollaran en un congreso

²⁸⁹ Reiteraba aquí su jurisprudencia en STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c./Suiza*, § 40, y STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorni c./Francia*, § 70.

²⁹⁰ De nuevo reclamaba aquí la STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c./Suiza*, § 64, y STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorni c./Francia*, § 55.

²⁹¹ Así, afirmaba el Tribunal: « Les interventions du requérant s'inscrivaient dans un débat controversé et animé » (§ 112).

destinado a conmemorar el Tratado de Lausana de 1923» (§ 112)²⁹². Por todo lo cual el Tribunal concluía que el discurso debía entenderse que tenía naturaleza política, jurídica y política y que, en consecuencia, teniendo en cuenta su interés público, el margen de apreciación de las autoridades nacionales era muy reducido (§§ 112 y 113).

En segundo lugar, el Tribunal valoraba el «*método adoptado por las instancias internas para fundar la condena del recurrente: la noción de “consenso”*»²⁹³ (§§ 114 y ss). El Tribunal recordaba que el motivo en el que se habían basado los tribunales suizos para justificar la condena era que existe un consenso general en la comunidad científica a propósito de la calificación jurídica como genocidio y, aunque el Tribunal afirmaba no cuestionar la apreciación nacional, sin embargo constataba que el propio Tribunal Federal suizo habría reconocido que no había unanimidad al respecto (§ 115)²⁹⁴. Traía a colación también cómo el Gobierno turco y la parte habían presentado pruebas contradictorias y en la propia Suiza se habría discutido la cuestión de si calificar la masacre armenia como genocidio, tanto que sólo una veintena de Estados lo habría reconocido como tal (§ 115). Además, entendía que la noción de «genocidio» está muy definida en Derecho, por lo que el Tribunal no estaba convencido de que el «consenso» al que se referían los tribunales suizos pudiera extenderse a la concreta definición jurídica del genocidio aplicada a los hechos en cuestión²⁹⁵. Pero iba más allá y, siguiendo al Tribunal Constitucional español, afirmaba que: «En cualquier caso, es incluso dudoso que pueda haber un “consenso general”, en particular científico, sobre acontecimientos como los aquí cuestionados, dado que la investigación histórica resulta por definición controvertida y discutible y no se presta a conclusiones definitivas o a verdades objetivas y absolutas» (§ 117)²⁹⁶. Ahora bien, se detenía entonces a distinguir la cuestión de la masacre armenia con respecto a la negación de los crímenes del

²⁹² [l'essence des déclarations et des thèses du requérant s'inscrit néanmoins dans un cadre historique, comme le montre notamment le fait que l'une des interventions s'est déroulée lors d'une conférence visant à commémorer le Traité de Lausanne de 1923.].

²⁹³ [Méthode adoptée par les instances internes pour fonder la condamnation du requérant: la notion de «consensus»].

²⁹⁴ En concreto, recordaba el TEDH: «Le Tribunal fédéral a lui-même admis qu'il n'existe pas d'unanimité au sein de la collectivité quant à la qualification juridique litigieuse.».

²⁹⁵ Sostenía literalmente en este punto que: «La Cour n'est pas convaincue que le «consensus général» auquel se sont référés les tribunaux suisses pour justifier la condamnation du requérant puisse porter sur ces points de droit très spécifiques.».

²⁹⁶ [En tout état de cause, il est même douteux qu'il puisse y avoir un «consensus général», en particulier scientifique, sur des événements tels que ceux qui sont en cause ici, étant donné que la recherche historique est par définition controversée et discutible et ne se prête guère à des conclusions définitives ou à des vérités objectives et absolues].

Holocausto: «En primer lugar, los recurrentes en estos asuntos no habían cuestionado la simple calificación jurídica de un crimen, sino que habían negado los hechos históricos, a veces muy concretos, como por ejemplo la existencia de las cámaras de gas. En segundo lugar, las condenas por los crímenes cometidos por el régimen nazi, cuya existencia negaban estas personas, tenían una base jurídica clara, a saber el párrafo c del artículo 6), del Estatuto del Tribunal militar internacional (de Núremberg), anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 (apartado 19 supra). En tercer lugar, los hechos históricos puestos en entredicho por los interesados se habían juzgado siendo establecidos claramente por una jurisdicción internacional» (§ 117)²⁹⁷. Unos argumentos que a mi juicio, como posteriormente comentaré, al tratar de tapar las aporías del propio razonar del Tribunal en estos casos, al final terminan por sacarlas a relucir. El Tribunal, por su parte, advertía en este caso que vistas las diferencias con el negacionismo del Holocausto los tribunales suizos debían sujetarse a cautelas (§ 118).

En tercer lugar, el Tribunal juzgaba la existencia de una «*necesidad social imperiosa*» (§§ 119 y ss.), dentro de lo cual consideraba que, como ya había puesto de manifiesto al valorar la aplicabilidad del art. 17 CEDH, las expresiones no incitaban al odio o a la violencia (§ 119). El Tribunal compartía con el Gobierno turco que es el negacionismo del Holocausto el que actualmente sirve de «motor» principal al antisemitismo²⁹⁸: «En efecto, estima que se trata de un fenómeno que aún resulta de actualidad y contra el cual la comunidad internacional debe demostrar firmeza y vigilancia»²⁹⁹ (§ 119). Unas conclusiones que, sin embargo, al entender del Tribunal no eran aplicables a quienes niegan la calificación jurídica como genocidio a la masacre armenia (§ 119). A mayor abundamiento, el Tribunal añadía que sólo dos países de 16 habrían incriminado la negación de cualquier genocidio, lo que pondría de manifiesto que fuera del Holocausto no lo habrían entendido como una «necesidad social imperiosa». Una necesidad no probada por el Gobierno suizo (§ 120). Recogía también las decisiones tanto del Tribunal Constitucional español como del *Conseil constitutionnel* francés y las críticas a esta

²⁹⁷ [Premièrement, les requérants dans ces affaires avaient non pas contesté la simple qualification juridique d'un crime, mais nié des faits historiques, parfois très concrets, par exemple l'existence des chambres à gaz. Deuxièmement, les condamnations pour les crimes commis par le régime nazi, dont ces personnes niaient l'existence, avaient une base juridique claire, à savoir l'article 6, alinéa c), du Statut du Tribunal militaire international (de Nuremberg), annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 (paragraphe 19 ci-dessus). Troisièmement, les faits historiques remis en cause par les intéressés avaient été jugés clairement établis par une juridiction internationale.].

²⁹⁸ En concreto: «Par ailleurs, elle partage l'avis du gouvernement turc selon lequel la négation de l'Holocauste est aujourd'hui le moteur principal de l'antisémitisme.» (§ 119).

²⁹⁹ [En effet, elle estime qu'il s'agit d'un phénomène qui est encore d'actualité et contre lequel la communauté internationale doit faire preuve de fermeté et de vigilance.].

legislación del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y reseñaba cómo el caso francés vendría a poner de manifiesto que no hay contradicción entre reconocer el genocidio armenio y declarar la inconstitucionalidad de su negación (§123)³⁰⁰. Valoraba también que fuera la primera condena en Suiza por el negacionismo de estos hechos (§ 125). Así las cosas, el Tribunal concluía dudando de que la medida se justificara en una necesidad social imperiosa (§ 126).

Sin embargo, no se quedaba ahí en su enjuiciamiento y, en cuarto lugar, procedía a analizar también la «*proporcionalidad*» de la medida al objeto propuesto (§§ 127 y ss.). Tras recordar que la gravedad y la naturaleza de las penas debían ser también un parámetro a considerar la proporcionalidad de la injerencia y que tampoco pueden admitirse restricciones que puedan disuadir de que se expongan críticas legítimas en un contexto de debate de interés general, dando lugar así a condenas más graves que el daño causado (§ 127); el Tribunal consideraba que, en las circunstancias en concreto, las sanciones impuestas podrían generar tales efectos disuasorios (§ 128).

Por todo lo cual, el Tribunal concluía que los tribunales suizos habían traspasado el margen de apreciación del que disponían, no estando suficientemente justificada a la luz del art. 10 del CEDH la injerencia en la libertad de expresión del Sr. PERINÇEK³⁰¹ (§§ 129 y 130). La sentencia contó con un voto concurrente de los jueces RAIMONDI y SAJÓ, que trataron de adelantarse a la incomprensión de la sentencia entre el pueblo armenio y abundaban en los

³⁰⁰ A este respecto sostenía el TEDH: «*Elle estime que la décision du Conseil constitutionnel montre parfaitement qu'il n'y a à priori pas de contradiction entre la reconnaissance officielle de certains événements comme le génocide, d'une part, et l'inconstitutionnalité des sanctions pénales pour des personnes mettant en cause le point de vue officiel, d'autre part.*».

³⁰¹ La conclusión del Tribunal era resumida en los siguientes términos: «*Teniendo en cuenta lo anterior, en particular, y a la luz de los elementos de derecho comparado, el Tribunal considera que los motivos mantenidos por las autoridades nacionales para justificar la condena del recurrente no son pertinentes y, considerados en su conjunto, resultan insuficientes. Las instancias internas no demostraron en particular que la condena del recurrente respondía a una "necesidad social imperiosa" ni que fuera necesaria, en una sociedad democrática, para la protección del honor y de los sentimientos de los descendientes de las víctimas de las atrocidades que se remontan a los años 1915 y siguientes. Las instancias internas superaron por tanto el margen de apreciación reducido del que gozaban en tal caso, que se inscribe en un debate que reviste un interés público determinado*» [*Compte tenu de ce qui précède et notamment à la lumière des éléments de droit comparé, la Cour considère que les motifs avancés par les autorités nationales pour justifier la condamnation du requérant ne sont pas tous pertinents et, considérés dans leur ensemble, s'avèrent insuffisants. Les instances internes n'ont pas démontré en particulier que la condamnation du requérant répondait à un « besoin social impérieux » ni qu'elle était nécessaire, dans une société démocratique, pour la protection de l'honneur et les sentiments des descendants des victimes des atrocités qui remontent aux années 1915 et suivantes. Les instances internes ont donc dépassé la marge d'appréciation réduite dont elles jouissaient dans le cas d'espèce, qui s'inscrit dans un débat revêtant un intérêt public certain.*].

argumentos de la misma y en su repulsa a la masacre sufrida por este pueblo; y con una opinión parcialmente disidente de los jueces VUČINIĆ y PINTO DE ALBUQUERQUE, quienes sí que entienden que la sanción era legítima y que no habría habido violación del art. 10 CEDH. Una sentencia que deja, por tanto, importantes cuestiones abiertas en cuanto a los límites de la incriminación del negacionismo en Europa, a lo cual trataré de acercarme a continuación.

B. La «guillotina»³⁰² del Tribunal contra el negacionismo del Holocausto

A lo largo del análisis realizado de la jurisprudencia del Tribunal se ha podido observar cómo la libertad de expresión es un valor esencial para la democracia, «no hay democracia sin pluralismo», pero la propia experiencia de la que nace el Convenio Europeo exige proteger a la misma de aquellas ideologías que son contrarias a su propia esencia y, entre tales manifestaciones, el Tribunal y la Comisión han situado de forma inequívoca al discurso negacionista del Holocausto. No hay tolerancia frente a aquellos que quieren usar la libertad para atacar los derechos y libertades de otros. No hay tolerancia, entonces, frente a los negacionistas del Holocausto³⁰³. Podemos extraer ahora algunas líneas críticas de ello.

En primer lugar, la Comisión y el Tribunal no han dudado a este respecto en considerar las expresiones negacionistas del Holocausto como ofensivas por su propio contenido. Éstas, a juicio del Tribunal, suponen «una de las más serias formas de difamación racial de los Judíos y de incitación al odio contra ellos»³⁰⁴ y «hoy día son el principal motor del antisemitismo»³⁰⁵. De esta manera, las

³⁰² Así lo califica, entre otros, 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, p. 352. *Vid.* también nota n. 428 en este Cap.

³⁰³ Se mantiene así una concepción de la libertad de expresión en cuya virtud no podrán beneficiarse de la misma aquellos que hagan o pretendan un uso perverso de ella. Como señala V. CUCCIA: «Non possono, quindi, godere del beneficio della libertà di espressione coloro che ne fanno un uso distorto, in quanto il fine di tale libertà si colloca nell'alveo di favorire la pacifica coesistenza dei differenti gruppi esistenti nella società, per cui «aggredire» il diverso, attraverso dichiarazioni scritte o verbali, è in antitesi rispetto ai valori espressi nella Convenzione Europea» («Libertà di espressione e negacionismo», *Rassegna Parlamentare*, fasc. 4, 2007, p. 865). En este sentido, siguiendo a WACHSMANN, *vid.* también A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la del Tribunal constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2002, pp. 86 y 87.

³⁰⁴ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso *Roger Garaudy c./Francia*.

³⁰⁵ STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*, § 119.

expresiones de negacionismo del Holocausto claramente podrían comprometer valores dignos de protección como la «la reputación o los derechos ajenos» y la «prevención del delito». Pero también, como se ha visto, estas manifestaciones, en la medida que se asocian a la ideología nacionalsocialista, podrían afectar a la «seguridad nacional» y al «orden público». En este sentido, el Tribunal deja pocas posibilidades para valorar en modo distinto los discursos que vengan a negar el Holocausto nazi: los mismos, por su propio contenido, tendrían tal naturaleza y finalidad que resultan reprobables en el marco de los fines del Convenio Europeo.

En segundo término, aunque la respuesta que se ha dado en los diferentes asuntos presentados tanto ante la Comisión como ante el Tribunal ha sido convergente y se han considerado conformes con la libertad de expresión las sanciones impuestas a quienes habían negado el Holocausto, el *iter* argumental seguido para llegar a tales conclusiones ha sido distinto en el Tribunal y en la Comisión³⁰⁶. Como se ha visto, la Comisión inicialmente analizaba los casos de expresiones negacionistas como cualquier otro conflicto en el ámbito del artículo 10 del Convenio, aplicando así el triple escrutinio sin mayores particularidades³⁰⁷. Sin embargo, pronto pasó a considerar las expresiones negacionistas no sólo a partir del artículo 10 del Convenio, sino leyendo el mismo a la luz del artículo 17 CEDH, lo que le llevaba entonces a realizar un examen mínimo («*minimalist degree of scrutiny*») sobre la medida sancionadora, reduciendo el juicio de «necesidad en una sociedad democrática» a la mera constatación de que se trataban de manifestaciones con contenido negacionista del Holocausto, a las cuales asociaba de forma «indisociable» una finalidad contraria al Convenio que justificaba la necesidad de su castigo conforme al mencionado artículo 17 CEDH³⁰⁸. El Tribunal Europeo³⁰⁹, por su parte, ha ido todavía más allá y ha recurrido al abuso de derecho del artículo 17 del Convenio, entendiendo esta cláusula en su forma más

³⁰⁶ Para un análisis general de esta jurisprudencia y su proceso argumentativo *cfr.* C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso del diritto...», *op. cit.*, pp. 339-352.

³⁰⁷ 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.

³⁰⁸ 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 Nachtman c./Austria (1998).

³⁰⁹ En particular, Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia. *Cfr.* también, las decisiones de admisibilidad a los asuntos Hans Jorg Schimanek c./Austria (2000), Bruno Gollnisch c./Francia (2011) y la STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, §§ 51 y ss. En su decisión al asunto Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania (1999), aunque sobre un caso de negacionismo, el Tribunal era todavía «cauto» y mantuvo su decisión en los términos del «escrutinio mínimo» seguido por la Comisión relacionando el art. 10 y el 17 CEDH.

radical³¹⁰, para expulsar de protección de plano y sin mayor ponderación a las manifestaciones negacionistas que, como se ha visto, quedarían fuera del ámbito del Convenio «*ratione materiae*»³¹¹. De manera que el Tribunal, con esta aplicación autónoma que realiza del artículo 17 CEDH, hurta así las cuestiones relativas al negacionismo del Holocausto de su habitual esquema de escrutinio. No hace lo mismo ni con los supuestos de revisionismo de aspectos históricos referidos a la II Guerra Mundial³¹² pero no relacionados directamente con los crímenes nazis, ni con otros crímenes de guerra³¹³ y, como se ha visto en la última decisión, ni siquiera con el negacionismo de otros genocidios³¹⁴.

Destaca también que, en principio, el Tribunal parece justificar este criterio tan contundente frente a las manifestaciones negacionistas del Holocausto sobre la base de que se tratan de «hechos históricos claramente establecidos»; ello frente a otros discursos revisionistas u otras investigaciones históricas controvertidas³¹⁵. El Tribunal crea esta categoría de hechos históricamente incontestables en la que incluye el Holocausto, aunque parece hacerlo a modo de ejemplo –no se descarta

³¹⁰ Las expresiones negacionistas han constituido uno de los pocos casos en los que el Tribunal ha usado autónomamente el artículo 17 CEDH para sustraer unos contenidos del amparo del Convenio y privarlos de protección de plano, aunque como se verá a continuación ha terminado por ir ampliando el tipo de discursos que excluye *ratione materiae* del Convenio. Para un análisis completo de la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 17 CEDH, vid.: J. GARCÍA ROCA, «Abuso de los Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 797-828. Y del mismo autor, «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.

³¹¹ En este sentido, plantea la diferente forma de análisis entre la Comisión y el Tribunal de las manifestaciones negacionistas, 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>. También en V. ZAGREBELSKY *et. al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. CEDAM, Padua, 2012, p. 414, se constata que «[l]a Corte si occupa delle questioni concernenti il discorso di odio secondo due modalità differenti: per un verso, essa tende a sottrarre questo tipo discorso, in quanto contrario ai valori di fondo della Convenzione, alle grazie previste dall'art. 10, sulla base dell'art. 17 [...]; per altro verso, essa procede a un controllo approfondito del discorso oggetto di controversia, alla luce dell'art. 10, §2 [...]. In caso di discorso di odio o di discorso negacionista, la Corte applicherà la prima alternativa, che consiste di fatto in una constatazione di non-applicabilità dell'art. 10».

³¹² Cfr. STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia; STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia; y STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso Monnat c./Suiza.

³¹³ Cfr. STEDH (Sección 5ª) de 15 de enero de 2009, caso Orban y otros c./Francia.

³¹⁴ Cfr. STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza.

³¹⁵ En particular, vid. Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia y STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza.

por tanto que puedan haber más-, pero sin dar mayores explicaciones de qué elementos o criterios se deben seguir para incluir a unos hechos en la misma³¹⁶. La negación del exterminio de judíos se trataría de un hecho sustraído de aquello que puede resultar discutible históricamente; al tiempo que otros eventos también referidos a la II Guerra Mundial, como ha podido ser la negación del colaboracionismo francés o suizo o el genocidio armenio, esos sí que serían asuntos discutibles en su propia esencia, y ello a pesar de que las posiciones conflictivas contravinieran la *communis opinio* de los historiadores³¹⁷. Frente a tales «hechos históricos claramente establecidos», la postura general del Tribunal en controversias sobre hechos históricos es que la historia es esencialmente discutible y que no le compete a él, como órgano jurisdiccional, entrar a lidiar en tales discusiones; recordando además que la libertad de expresión debe tutelar la búsqueda de la verdad -incluida la verdad histórica-, debiéndose proteger no sólo las ideas o informaciones «favorables», sino también aquellas que puedan «ofender, impactar o molestar»³¹⁸, todo ello con la mayor amplitud por tratarse de debates de interés público. Por tanto, ¿cómo cohonstar la afirmación de que existen unos «hechos históricos claramente establecidos»³¹⁹ con la consideración de que «la investigación histórica resulta por definición controvertida y discutible y no se presta a conclusiones definitivas o a verdades objetivas y absolutas»³²⁰? Al final parece que con la categoría de los «hechos históricos claramente establecidos» el Tribunal habría venido a diseñar un «traje a medida» para el negacionismo del Holocausto, que lleva a la paradoja de que sobre el amplio «consenso» científico pese el imperativo legal de su reconocimiento: el Holocausto es un hecho histórico incontrovertible porque hay un consenso unánime de que

³¹⁶ Se ha visto que ha sido únicamente en la STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*, donde el Tribunal ha intentado ofrecer una justificación a por qué consideraba que en la negación del genocidio armenio no se daba tal «consenso general» que permitiera castigar su justificación, a diferencia del negacionismo del Holocausto. Sin embargo, entre los argumentos que ofrece el Tribunal, ninguno refiere en realidad un criterio para distinguir precisamente aquello que pueda ser considerado como «hechos claramente establecidos». De hecho, el primer argumento que ofrece en el caso *Perinçek* es precisamente que éste no había negado «hechos históricos» sino la calificación jurídica de los mismos. En segundo y tercer lugar, recordaba que los crímenes nazis habían sido calificados como tales por un tribunal internacional. La pregunta que surge entonces es: ¿el hecho de que unos hechos sean juzgados por un tribunal los sustrae ya de la posible crítica histórica? ¿O es «sólo» que los sustrae de la posibilidad de que pueda luego «negarse» la calificación dada por el correspondiente órgano judicial?

³¹⁷ Así, *cfr.* STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorni c./Francia*; STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso *Chauvy y otros c./Francia*; y STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c./Suiza*.

³¹⁸ *Íbidem.*

³¹⁹ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso *Roger Garaudy c./Francia*.

³²⁰ STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*, § 117.

existió (a diferencia, por ejemplo, de que la masacre de armenios fuera un genocidio sobre la que no existiría ese «consenso general»³²¹), pero quien niegue la existencia del Holocausto es en realidad un antisemita y por ello se justifica su castigo. El problema es entonces explicar cómo no va a ser «general» un consenso cuando quien se separa del mismo es castigado penalmente.

Asimismo, el Tribunal sitúa el Holocausto como un hecho histórico cuya negación o discusión claramente ofende a la dignidad de la comunidad judía³²², mientras que, para el resto de hechos (incluso referidos también a eventos de la II Guerra Mundial), por más que puedan afectar a la memoria nacional y resultar dolorosos para una sociedad y para las víctimas de los crímenes, el discurso del Tribunal es radicalmente opuesto y apremia a las sociedades de los Estados a que se dispongan a afrontar el debate sobre los mismos de manera «abierta y desapasionada», toda vez que se trata además de eventos desde los que ha transcurrido un tiempo muy considerable³²³. El Holocausto es así un «tabú» intangible para el TEDH³²⁴, algo que afecta también a la tutela judicial efectiva, ya que tampoco ha admitido los reproches a los órganos jurisdiccionales nacionales por no admitir posibilidades de prueba a contrario sobre su existencia³²⁵.

De esta guisa, algunos comentaristas han criticado la doctrina del Tribunal porque se basa en esta categoría de «hechos históricos claramente establecidos» para distinguir el discurso que expulsa radicalmente de la protección del Convenio de otros a los que somete al escrutinio general. Critican la arbitrariedad a la hora de definir aquello que es entonces un «hecho histórico claramente establecido» - una crítica aquí compartida-, pero también señalan los problemas que suscita el usar la veracidad de los hechos como criterio para determinar la posible expulsión de un tipo de discurso³²⁶. Esta última consideración creo, sin embargo, que debe

³²¹ *Íbidem*, §§ 114 y ss.

³²² Especialmente, *cfr.* Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia y decisión del TEDH (Sección 4ª) de 20 de abril de 1999, sobre la admisibilidad del asunto Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania.

³²³ *Vid.*, en particular, STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehieux y Isorni c./Francia; STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso Monnat c./Suiza; STEDH (Sección 5ª) de 15 de enero de 2009, caso Orban y otros c./Francia; y STEDH (sección 12ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza.

³²⁴ Así lo califica 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. 338 y ss.

³²⁵ A este respecto me remito a lo que se dirá *infra* Cap. 7, epígrafe 2.2.3.

³²⁶ En este sentido BILBAO UBILLOS, haciendo una crítica a la doctrina del Tribunal, se pregunta: «¿Cuándo podemos hablar de un hecho histórico establecido o incontestable? Hacer de la falsedad un criterio operativo que nos permite distinguir las expresiones protegidas de las que no lo están presupone que somos capaces de determinar con suficiente exactitud si una afirmación es o no objetivamente falsa. Una tarea que muchas veces resulta imposible o extremadamente difícil...». Y

ser matizada, no en la crítica a los problemas que presenta el uso de la veracidad como criterio diferenciador de tipos de discurso, sino en cuanto a que sea éste el criterio sobre el que en realidad se basa el Tribunal. Por ello antes se ha afirmado que el criterio de los «hechos históricos claramente establecidos» sólo «en principio» fundamenta la respuesta que da el Tribunal a tales manifestaciones. Y es que, al penetrar en la *ratio* de la doctrina del Tribunal, la fundamentación para excluir el discurso de protección aplicándole tal guillotina no es tanto que el mismo suponga una afrenta a un «hecho histórico claramente establecido», lo que obligaría a un juicio de «veracidad» y presupondría que el interés protegido en estos casos es la «verdad histórica»; más bien, si se lee de manera global las afirmaciones del Tribunal, se ve que lo está excluyendo son unas afirmaciones, un tipo de discurso, porque su contenido es contrario a la esencia, al «texto y fundamento» del artículo 17 CEDH, y se dirige a vulnerar los derechos y libertades garantizados por el Convenio³²⁷. No se excluye de protección por «inveraz» o «falso», sino por resultar racista, ofensivo y por el peligro que puede entrañar el régimen que pretende promover este tipo de mensajes. El Tribunal lo que hace es identificar un tipo de discurso, el negacionista del Holocausto, que, al contradecir lo que el Tribunal afirma como una verdad claramente establecida, esconde una finalidad racista, es expresión de una ideología contraria a los valores y principios del Convenio y podría activar, en tanto que reconoce el peligro de este tipo de ideologías, actividades o movimientos que comprometieran los derechos y libertades del mismo.

Abonan esta interpretación las decisiones de la Comisión en las que, como se ha visto, al interpretar el artículo 10 a la luz del artículo 17 CEDH no se atiende a la veracidad de las manifestaciones negacionistas, sino a su contenido y finalidad. De hecho, se ve también cómo en el asunto *Gollnisch c./ Francia* (2011)³²⁸, por ejemplo, el Tribunal se refería a la exclusión de protección conforme al artículo 17 CEDH de «cualquier proposición dirigida contra los valores sobre los que se basa el

entonces centra de la siguiente forma el debate: «Con independencia de estas dificultades a la hora de averiguar si algo es falso o verdadero, lo que en el fondo se discute aquí es si la mentira deliberada y consciente constituye o no una forma legítima de expresión, constitucionalmente protegida. Quienes piensan que la libertad de expresión no protege jamás la difusión de mentiras, la grosera falsificación de los hechos, aducen que éstas no contribuyen a la verdad, ni favorecen la participación política. Para otros, no se puede concluir de forma categórica que esas mentiras carezcan siempre de todo valor...» («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», *UNED. Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008, pp. 51 y 52).

³²⁷ En este sentido, *cfr.* especialmente STEDH (sección 12ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*, §§ 52-54.

³²⁸ Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 7 de junio de 2011, sobre la admisión del caso *Bruno Gollnisch c./Francia*.

Convenio», y, en sentido similar, en el asunto Jorg Schimanek c./Austria (2000)³²⁹ se pronunciaba sobre la exclusión de protección de cualquier actividad inspirada en las ideas nacionalsocialistas porque persiguen fines contrarios al Convenio. Pero es en el asunto Perinçek c./ Suiza (2013)³³⁰ donde más claramente se manifiesta tal interpretación cuando el Tribunal, para no excluir de protección según el art. 17 CEDH al discurso negacionista, valora precisamente que no se hubiera usado la libertad de expresión para «provocar al odio o la violencia», sin poder presumir tal cualificación del contenido del discurso negando el genocidio armenio, como sí que se justificaría del contenido negador del Holocausto. Así las cosas, como se ha dicho, *la especificidad que justifica ese tratamiento diferenciado para las expresiones negacionistas del Holocausto vendría, por tanto, no porque se refieran a hechos incontrovertidos, sino por su finalidad y por las actividades ilícitas a las que van dirigidas*. Esta interpretación creo que es la única posible para cohonestar su doctrina con respecto a la que mantiene con otros «hechos históricos» y, muy especialmente, con las consecuencias que aplica el Tribunal a las expresiones negacionistas de tales «hechos históricos claramente establecidos». No desconozco que el Tribunal da un valor a esta categoría de «hechos históricos claramente establecidos», ya que parece «deducir» tal finalidad espuria, contraria al Convenio, precisamente del presupuesto de que los negacionistas «falsean» la verdad; pero, en mi opinión, el artículo 17 CEDH no permite una lectura en términos de «veracidad», sino que se refiere única y exclusivamente a aquellas manifestaciones que ponen en peligro los propios valores del Convenio, algo que no cabe predicar del hecho de que una expresión sea falsa.

Cuestión distinta es la crítica que se puede realizar a cómo el Tribunal llega a la conclusión de que los negacionistas del Holocausto tienen *en todo caso* tales finalidades y persiguen la rehabilitación del régimen nacionalsocialista. En este punto el Tribunal es sin duda apodítico y no ofrece una justificación concreta a cómo asocia tales fines a las expresiones negacionistas. Como se ha dicho, siguiendo la lectura que hace PECH de la sentencia al caso Garaudy c./Francia (2003)³³¹, se puede entender que el Tribunal sustentaría que las afirmaciones negacionistas persiguen tales finalidades proscritas por el Convenio sobre el criterio de que las mismas no respetan los estándares de investigación

³²⁹ Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c./Austria.

³³⁰ STEDH (sección 12ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, especialmente §§ 52-54.

³³¹ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia.

académica³³². En este sentido, por ejemplo, es reseñable cuando el Tribunal en esta sentencia afirma: «No puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como es el Holocausto, como el recurrente hace en este libro, 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»³³³. Sin embargo, de esta cita se desprende en realidad que el Tribunal presupone ya de antemano que el Holocausto es un «hecho histórico claramente establecido», y, por tanto, no admite que pueda darse investigación histórica rigurosa que lleve a su negación. El Tribunal directamente no admite que puedan darse investigaciones de buena fe y rigurosas que puedan concluir asumiendo tesis que cuestionen el Holocausto. Parece que el Tribunal asume como presupuesto que el Holocausto es un hecho cierto y, como consecuencia, quien lo niegue lo hará por motivos espurios, que vincula directamente con la ideología antisemita y con una afinidad filo-nazi. Algo que puede ser cierto en muchos casos, ¿pero en todos?; ¿toda manifestación negacionista persigue en realidad promover que se vuelva al régimen nacionalsocialista? Sinceramente, creo que no³³⁴.

Otra crítica que podría realizarse a la doctrina del Tribunal podría venir dada por la aplicación autónoma de este artículo 17 CEDH, al permitir que sobre su base se excluya de protección un tipo de discurso desde una presunción genérica y sin concretar la peligrosidad de la actividad y su daño efectivo sobre bienes jurídicos. Parece que según el Tribunal el solo contenido de un determinado tipo de discurso justifica la expulsión del ámbito de protección del Convenio. Éste concluye que las manifestaciones negacionistas pueden resultar lesivas de los derechos y libertades del Convenio sobre la sola consideración de su contenido ideológico (y con una vaga referencia a su peligrosidad actual en la sociedad por su

³³² L. PECH hace notar que el Tribunal en su sentencia al caso Garaudy asumió el criterio de los tribunales franceses sobre el cual las manifestaciones negacionistas debían ser castigadas no porque cuestionaran un hecho histórico, sino por la pretensión que en las mismas había de rehabilitar un régimen criminal. Ahora bien, según indica este autor, el Tribunal para concluir que la finalidad de tales manifestaciones es ésta, la de rehabilitar un régimen criminal, recurría al criterio de ver si se han respetado los estándares de investigación académicos. Concluye entonces que este método judicial usado para distinguir entre historiadores legítimos y no legítimos tampoco es infalible y ha llevado, por ejemplo, a que en algún caso pudiera ser perseguido algún historiador. («The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*, p. 37).

³³³ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia.

³³⁴ Sobre los vínculos entre negacionismo e ideología nazi véase lo dicho en Cap. 2, epígrafe 2.

vinculación con el nacionalsocialismo)³³⁵. Un juicio apriorístico que resulta excesivo y que se aleja de su propia jurisprudencia sobre este artículo 17 CEDH, en la que con carácter general se vale del mismo como un elemento más dentro del juicio de proporcionalidad que viene a reforzar la cláusula de limitación del artículo 10.2³³⁶ (como realiza la Comisión en sus decisiones). Pero es que, como mínimo, para aplicar el artículo 17 CEDH de forma autónoma el Tribunal debería razonar cómo cada acto puede contribuir a la destrucción o limitación de los derechos garantizados por el Convenio, qué riesgo puede causar a la seguridad y al orden. Se debería comprobar en concreto si existe una verdadera amenaza o ésta es puramente teórica³³⁷. Porque, al no hacerlo, el Tribunal puede llegar así a permitir que se impongan sanciones a la libertad de expresión puramente por su contenido («*pure content-based restrictions*»)³³⁸. Se debe ser cauteloso para que la aplicación del artículo 17 CEDH no lleve a reducir de manera excesiva el núcleo de la libertad de expresión³³⁹.

En conclusión, siguiendo a BILBAO UBILLOS, la jurisprudencia del TEDH ante los discursos negacionistas «no destaca precisamente por su solidez. No convencen sus apelaciones genéricas y apodícticas a los valores que subyacen al Convenio o a su espíritu. Se rehúye el terreno del art. 10, de la ponderación y los refinados test

³³⁵ En particular, *vid.* Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia.

³³⁶ En cuanto a la esencia de esta cláusula GARCÍA ROCA concluye, a la vista de la diversa jurisprudencia sobre este artículo, que «la prohibición de abuso de los derechos fundamentales es un elemento más a integrar en el habitual juicio de proporcionalidad en aquellos supuestos que supongan serias amenazas a la defensa de la democracia» («Abuso de los Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 825).

³³⁷ En este sentido, *vid.* L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*, p. 39.

³³⁸ A este respecto, L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*, p. 38 critica que el Tribunal concluya de forma demasiado rápida que el negacionismo del Holocausto sea un discurso que cae por entero fuera del ámbito de protección del Convenio y que supone un abuso de derecho. Algo que, *de facto*, puede llevar a admitir restricciones por el mero contenido. Propone que sería mejor, por tanto, recurrir a la revisión de este tipo de expresiones conforme al art. 10 CEDH, interpretado desde el art. 17 CEDH, pero sin aplicar éste de forma tan radical. Para ello cree que habría que distinguir mejor entre el ámbito de «cobertura» del art. 10 CEDH y el ámbito de «protección» del art. 10 CEDH, algo que a su juicio el Tribunal confunde.

³³⁹ En este sentido, CATALÁ I BAS reconoce cómo el Tribunal excluye de amparo aquellos mensajes que ataquen a la propia democracia, una declaración que en todo caso considera que «ha de ser entendida en sus justos términos pues darle un significado amplio equivaldría a una restricción ilegítima de las libertades ideológica y de expresión» (*La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 105). Con un posicionamiento más extenso sobre la limitación de la libertad de expresión frente a discursos que atentan contra las bases del Convenio, véanse también las páginas 85-88. Por su parte, J. BONET I PÉREZ, *El derecho a la información...*, *op. cit.*, p. 263-265, también advierte que, aunque se utilice de manera autónoma el art. 17 CEDH, éste no puede dar lugar a restricciones que excedan los límites del art. 10 y hace notar cómo el Tribunal ha tenido que ir corrigiendo su doctrina, restringiendo la aplicación del art. 17 CEDH.

de proporcionalidad y se recurre a la artillería (conceptual) de grueso calibre: la cláusula del abuso de derecho del art. 17 CEDH. Un desmesura, porque no estamos ante situaciones excepcionales de crisis o peligro para la estabilidad de las democracias europeas que podrán justificar una drástica limitación de la libertad de expresión»³⁴⁰. Una artillería que utiliza además de forma muy desigual según el tipo de discurso y cuya respuesta más contundente reserva para el negacionismo del Holocausto³⁴¹. Tanto que, como se ha visto, el Tribunal ha justificado la diferencia de tratamiento con respecto a otras formas de revisionismo o de investigaciones históricas a las que ha aplicado su escrutinio general, porque éstas no tendrían un contenido y finalidad contrarios a la esencia del Convenio –como el que sí que atribuía a las manifestaciones negacionistas del Holocausto-. Ahora, para valorar la congruencia última de la doctrina del Tribunal, habrá que preguntarse también por cuál ha sido su doctrina ante otros tipos de discursos que pueden resultar igualmente incitadores al odio y perturbar intereses y valores básicos del Convenio.

C. Sobrevolando la doctrina del TEDH ante otros discursos incompatibles con los valores democráticos: del «no hay democracia sin pluralismo» a la defensa de la sociedad frente a ideologías contrarias a la Democracia

El Tribunal Europeo, como ha sido visto, ha guillotinado de manera radical las expresiones negacionistas, las cuales ha excluido por su propio contenido del ámbito de protección del Convenio al considerar que las mismas suponían un abuso de derecho dirigido a la destrucción de los derechos y libertades garantizados por éste. Una doctrina de «grueso calibre» que obliga a contrastarla con la que el Tribunal viene manteniendo frente a otros discursos igualmente incompatibles con los valores democráticos que propugna el Convenio Europeo. A este respecto, aunque sin ánimo exhaustivo, resulta interesante sobrevolar su doctrina ante expresiones que suponen una apología de la violencia o de la

³⁴⁰ J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *op. cit.*, p. 20.

³⁴¹ En este sentido concluye BILBAO UBILLOS que «[e]l Tribunal parece incluírse por un control de geometría variable, por una doble vara de medir: sobre holocausto ni una broma, no hay discusión posible, es un hecho incontestable; sobre el régimen colaboracionista de Vichy y el papel de Petain sí cabe, en cambio, el debate, y se admite incluso una cierta banalización (el Tribunal se declara neutral, porque no es un hecho claramente establecido, salvo en lo relativo a la persecución de judíos)» («La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *op. cit.*, p.47).

resistencia armada, ante el discurso del odio o ante partidos políticos contrarios al sistema, entre otras³⁴².

a. La contradictoria jurisprudencia del Tribunal ante el «discurso del odio»: ¿exclusión de plano «ratione materiae» conforme al art. 17 CEDH o escrupuloso escrutinio (según el tenor, finalidad y contexto de las expresiones) de acuerdo con el art. 10 CEDH?

El primer grupo con el que pueden guardar una mayor afinidad las expresiones negacionistas sería con los casos de discurso del odio; discursos que, aunque no llamen a la violencia armada en sí, si que tienen un contenido de tipo insultante o incitador a la discriminación, al odio o a hostilidades³⁴³. De hecho, el propio Tribunal reconocía que las expresiones negacionistas suponían una forma de «incitación al odio» contra los judíos³⁴⁴. Pues bien, como ocurriera con el negacionismo, el Tribunal va a mostrarse especialmente contundente contra este tipo de manifestaciones y reconocerá la prioridad que debe suponer la lucha contra el racismo³⁴⁵: «La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la

³⁴² Para un estudio contrastante entre la jurisprudencia del TEDH sobre el negacionismo y otros géneros de discurso, *vid.* R. ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto...», *op. cit., in toto*.

³⁴³ El Tribunal, con las matizaciones que se verá, ha dado un contenido específico al discurso del odio, diferenciándolo de lo que sería la incitación a la violencia, y ha asumido que el mismo puede ser sancionado en tanto que suponga una ofensa contra ciertas personas o grupos o en la medida en que pueda llamar a la discriminación contra éstos -ambos supuestos justificarían la limitación de la libertad de expresión-. En palabras textuales: «el Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se comenten contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos» (STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica, § 73).

³⁴⁴ *Vid.* Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia.

³⁴⁵ Así, por ejemplo, el Tribunal recordará que «es eminentemente importante luchar contra la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones» (STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto Jersild c./Dinamarca, § 30 y STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica, § 72).

intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela porque las “formalidades”, “condiciones”, “restricciones” o “sanciones” sean proporcionadas al fin perseguido»³⁴⁶.

Sin embargo, el Tribunal no mantiene una línea argumental definida en cuanto a la forma de atajar este género de discurso. Así, por un lado, se encuentran decisiones en las que excluye de plano de protección conforme al art. 17 CEDH, como ocurría con el discurso negacionista del Holocausto, ante manifestaciones que por su «contenido» y «finalidad» resulten antisemitas, racistas o islamofóbicas³⁴⁷. Si bien, por otro lado, en otras ocasiones el Tribunal³⁴⁸ ha preferido evitar recurrir al artículo 17 CEDH y ha realizado un escrutinio pormenorizado del contenido de las expresiones sancionadas, de su contexto y de su finalidad, de acuerdo con el test tradicional en la injerencia con la libertad de expresión³⁴⁹.

En el primer grupo de decisiones, destacan especialmente dos casos: **Norwood c./ Reino Unido (2004)**³⁵⁰ y **Ivanov c./ Rusia (2007)**³⁵¹. En el primero de los casos, el Tribunal inadmitió a trámite considerar la sanción, en aplicación

³⁴⁶ STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, asunto Gündüz c./Turquía, § 37 y STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica, § 64.

³⁴⁷ Cfr. Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia y Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido. Aunque finalmente no apliquen el art. 17 CEDH, éste viene particularmente considerado en STEDH (5ª Sección) de 2 de octubre de 2008, asunto Leroy c./Francia y STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./ Rumanía.

Puede verse también, aunque referida a la libertad de asociación, la Decisión del TEDH (Sección 3ª) de 2 de septiembre de 2004, sobre la admisibilidad del caso W. P. y otros c./ Polonia. En esta decisión el Tribunal inadmitió aplicando el art. 17 CEDH una demanda de un grupo polaco al que se le había negado la posibilidad de constituir una asociación con el nombre «*The National and Patriotic Association of Polish Victims of Bolshevism and Zionism*», y en cuyo propósito incluía alegaciones de que los polacos habían sido perseguidos por la minoría judía; algo que a juicio del Tribunal suponía un abuso en el ejercicio de la propia libertad de asociación.

³⁴⁸ En particular, cfr. STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica; STEDH (Sección 5ª) de 10 de julio de 2008, caso Soulas y otros c./Francia; STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, asunto Gündüz c./Turquía. También vid. la Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 29 de mayo de 2007, sobre la admisibilidad del asunto Kern c./Alemania y la Decisión del TEDH (5ª Sección) de 20 de abril de 2010, sobre la admisibilidad del caso Jean-Marie Le Pen c./Francia.

³⁴⁹ Como se expresa en V. ZAGREBELSKY *et. al.*, *Commentario breve...*, *op. cit.*, p. 410, «[q]uando il discorso oggetto di controversia si iscrive invece nell'ambito di applicazione dell'art. 10, la Corte attua un controllo volto ad analizzare il tenore del discorso e il contesto in cui esso è stato pronunciato».

³⁵⁰ Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido.

³⁵¹ Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia.

del art. 5 de la *Public Order Act* que castiga las hostilidades contra grupos raciales o religiosos, impuesta a un partido político en Reino Unido por colgar un cartelón en las ventanas de su sede después de los atentados del 11-S asociando musulmanes a terrorismo y reclamando la expulsión del Islam de Inglaterra. El Tribunal reconocía en el análisis del caso que «[e]l propósito general del Artículo 17 es prevenir que individuos o grupos con ánimo totalitario puedan explotar en su propio interés los principios enunciados por el Convenio»³⁵². A partir de lo cual únicamente valoró para inadmitir la demanda el contenido del cartelón: la imagen de las Torres Gemelas en llamas con el lema «*Islam out of Britain*» y una señal de prohibición. Ninguna consideración, por tanto, a que se tratara de un mensaje político particularmente protegido. Para el Tribunal «ese ataque general, vehemente contra una grupo religioso, vinculando al grupo como tal con un grave acto de terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por el Convenio, especialmente la tolerancia, la paz social y la no discriminación»³⁵³. Por lo que la muestra del cartelón por la que se castigó constituiría un acto dentro de los términos del artículo 17 CEDH que no merecería protección de acuerdo a los artículo 10 o 14 CEDH. «De manera que la petición debía ser rechazada como incompatible *ratione materiae* con las previsiones del Convenio»³⁵⁴.

Con similar contundencia se pronunciaba el Tribunal en el asunto **Ivanov c./ Rusia (2007)**³⁵⁵. En este caso un editor ruso había sido castigado por incitación pública al odio étnico, racial y religioso por publicar una serie de artículos en los que llamaba a la exclusión de los judíos de la vida social y los culpabilizaba de los males que sufría la sociedad rusa. El Tribunal volvía a recordar que aquellas expresiones incompatibles con los valores del Convenio serían dejadas sin protección de conformidad con el art. 17 CEDH y, recapitulando su jurisprudencia anterior, reconocía los tipos de discursos excluidos³⁵⁶. De manera

³⁵² [The general purpose of Article 17 is to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention.].

³⁵³ [Such a general, vehement attack against a religious group, linking the group as a whole with a grave act of terrorism, is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination.].

³⁵⁴ [It follows that the application must be rejected as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention].

³⁵⁵ Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia.

³⁵⁶ En particular, el Tribunal señalaba que «[l]os ejemplos de estos discursos examinados por la Corte han incluido manifestaciones negando el Holocausto, justificando políticas pro-Nazis, alegando la persecución de polacos por las minorías judías y la existencia de igualdad entre ellos, o vinculando a los musulmanes con graves actos de terrorismo» [The examples of such speech examined by the Court have included statements denying the Holocaust, justifying a pro-Nazi policy,

que el Tribunal valoraba el «contenido» y la «intencionalidad» de los escritos por los que había sido sancionado³⁵⁷, concluyendo como en el caso anterior que un vehemente ataque como ese resultaba «*ratione materiae*» contrario al Convenio y debía ser excluido de protección conforme al art. 17 CEDH.

La radicalidad de estas sentencias contrasta, sin embargo, con otras en las que como se ha anunciado el Tribunal ha entrado a valorar si las expresiones sancionadas o bien presentaban potencialidad suficiente como para mover a que se produzcan actos discriminatorios, o bien tenían un contenido que se pueda valorar como insultante³⁵⁸. Un juicio concreto que lleva a que el Tribunal pueda llegar a conclusiones diferentes según el caso dentro del género de expresiones más o menos cercanas al «discurso del odio». Y un juicio que, como se verá, tampoco ha quedado exento de críticas que llaman a que se realice un enjuiciamiento menos atento al contenido en sí de las expresiones, a su lenguaje, y más a los efectos que éstas pueden provocar y a los actos en los que se pueden concretar.

A este respecto destaca en particular el asunto **Féret c./Bélgica (2009)**³⁵⁹, en el que el Tribunal justificó la sanción impuesta a un político belga por incitación al odio y a la discriminación³⁶⁰, pero entrando al fondo del asunto para valorar la

alleging the prosecution of Poles by the Jewish minority and the existence of inequality between them, or linking all Muslims with a grave act of terrorism].

³⁵⁷ En la valoración que hacía el Tribunal recogía que: «En el presente caso, el recurrente realizó y publicación una serie de artículos en los que retrataba a los Judíos como una suerte de demonio en Rusia. Los acusaba como grupo en su conjunto que preparaba un complot contra los rusos y adscribía la ideología fascista al liderazgo judío» [*In the present case, the applicant authored and published a series of articles portraying the Jews as the source of evil in Russia. He accused an entire ethnic group of plotting a conspiracy against the Russian people and ascribed Fascist ideology to the Jewish leadership*]. Añadía entonces que «[e]l Tribunal no tenía dudas del tenor marcadamente anti-semita de la visión del recurrente y estaba de acuerdo con los tribunales nacionales con que el autor buscó con sus publicaciones incitar al odio a los judíos» [*The Court has no doubt as to the markedly anti-Semitic tenor of the applicant's views and it agrees with the assessment made by the domestic courts that he sought through his publications to incite hatred towards the Jewish people*].

³⁵⁸ En este sentido, el Tribunal ha afirmado que «las concretas expresiones constitutivas de discurso del odio, que pueden resultar insultantes para individuos o grupos particulares, no están protegidas por el Artículo 10 de la Convención» (STEDH de 23 de septiembre de 1994, caso *Jersild c./Dinamarca*, §35.).

³⁵⁹ STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso *Féret c./Bélgica*.

³⁶⁰ Este asunto se planteó ante la sanción de un político belga por incitación a la discriminación. En concreto había repartido octavillas que promovían políticas como restablecer la prioridad de empleo para los belgas y europeos, repatriar a los inmigrantes, aplicar el principio de la preferencia nacional y europea, convertir los centros de refugiados políticos en albergues para los sin techo belgas, crear cajas de seguridad social separadas para los inmigrantes, interrumpir la política de pseudointegración y detener la bomba aspirante «seguridad social para todos». Los tribunales nacionales habían constatado que en tales manifestaciones no había una incitación a la violencia propiamente dicha pero sí a la discriminación y a la segregación.

injerencia en la libertad de expresión conforme al art. 10 CEDH y sin admitir su exclusión de plano a la luz del art. 17 CEDH como pretendía el Gobierno belga (§§ 52 y 53). Para resolver el caso el Tribunal analizó el contenido del discurso y concluyó que «[t]al discurso suscita, inevitablemente, entre el público y, concretamente, entre el público menos informado, unos sentimientos de desprecio, incluso de rechazo y, en algunos casos, de odio respecto a los extranjeros» (§ 69). Pero no sólo valoró el contenido ofensivo del mismo, sino que tuvo también en cuenta otros elementos contextuales. En el caso, dio particular importancia al momento electoral y al soporte político usado por el impacto potencial que podía tener en el orden público y en la cohesión del grupo social. Además, el Tribunal concluyó a este respecto que «[l]os políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma de poder» (§ 75); de manera que pueden recomendar políticas sobre la inmigración, aunque «[s]in embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas» (§ 77). Por tanto, el Tribunal sólo admitió la legitimidad de las sanciones al discurso a través de una ponderación concreta³⁶¹.

³⁶¹ Ahora bien, incluso así, ésta fue una polémica sentencia en el seno de la Sección del Tribunal y resultó aprobada por cuatro votos contra tres, contando con un contundente voto particular que reclamaba elevar la protección de la libertad de expresión (el voto es planteado por el Juez ANDRÁS SAJÓ, y suscrito por los Jueces Vladimiro ZAGREBELSKY y Nona TSOTSORIA). En el mismo se ponía de manifiesto que «ni las autoridades belgas ni la mayoría sostienen que la política propuesta por el señor Féret le lleve a lanzarse a actos de discriminación o segregación racial. La sentencia estima, sin embargo, que unos documentos que no presentan por sí solos el carácter de infracción comportan unos elementos que, por su contenido implícito, exhortan a la segregación». En este voto se mantiene que la sentencia se había acogido a un concepto del discurso del odio demasiado amplio, siguiendo recomendaciones no vinculantes que van más allá del art. 4 CERD. En este sentido se afirmaba que sólo debería admitirse el castigo de conductas que de verdad puedan «mover al odio», un odio que, siguiendo la jurisprudencia del caso Sürek, habría de ser «profundo e irracional». Y, en todo caso, exigía que se constatará que tales manifestaciones han conducido a actos, porque «[l]a discriminación, al igual que la violencia, implica el acto». En definitiva, concluía: «Salvo que se acepte que los “delitos de opinión” son compatibles con el orden democrático, se ha de constatar la existencia de un acto (ilegal) punible que derive directamente del discurso o que, al menos, esté sensible y realmente favorecido por éste»; porque «...la mera intolerancia, el sentimiento sin acción, o al menos sin tendencia manifiesta a la acción, no puede constituir un delito». A lo que añade de manera muy clara: «La sentencia (que se aleja así de sus propias concepciones en materia de discurso político) considera a los seres humanos y a toda una clase social unos “atontados” incapaces de responder a los argumentos y argumentos contrarios debido a la pulsión irresistible de sus emociones irracionales». De esta forma «[b]astan unos sentimientos desagradables para que sea delito».

Anteriormente el Tribunal se había pronunciado en el caso **Gündüz c./Turquía (2003)**³⁶² en sentido más protectorio para la libertad de expresión, amparando a una persona que había sido sancionada por haber realizado unas manifestaciones durante un programa de televisión que se habían considerado como incitadoras al odio y a la hostilidad sobre la base de la religión. El Tribunal, incluso tratando de respetar el margen de apreciación que le corresponde a los órganos jurisdiccionales estatales, consideró sin embargo que, atendido el contexto, las manifestaciones realizadas no implicaban una verdadera «llamada a la violencia» que permitiera configurarlas como «*hate speech*». Por tanto, a diferencia de la sentencia al asunto Féret, sí que exigió que se verificara que en las manifestaciones hubiera una incitación a actos violentos para justificar la sanción³⁶³.

También dentro de este mismo ámbito se pueden encontrar, por un lado, el caso **Soulas y otros c./Francia (2008)**³⁶⁴, en el que los apelantes habían sido demandados por incitación al odio y a la violencia por la publicación de un libro bajo el título «*The colonisation of Europe*» y el subtítulo «*Truthful remarks about immigration and Islam*», en el que exponía una supuesta incompatibilidad entre la civilización Europea y la Islámica. En la resolución de este asunto el Tribunal tuvo particularmente en cuenta cómo para ser condenados los tribunales nacionales habían subrayado que los términos utilizados en el libro eran tendentes a desatar en los lectores un sentimiento de rehazo y antagonismo, exacerbado por el uso de un lenguaje militar frente a las comunidades islámicas a las que designa como los principales enemigos. El Tribunal concluyó que no había habido violación del Convenio y que existían razones suficientes y relevantes para justificar la condena. Sin embargo, y es aquí lo que más importa, el Tribunal consideró que el art. 17 CEDH no era aplicable porque las manifestaciones del libro no resultaban «suficientemente graves» para justificar su aplicación. En el mismo sentido, el Tribunal en el caso **Jean-Marie Le Pen c./Francia (2010)**³⁶⁵ también justificó la condena a este político francés por incitación a la discriminación al odio y a la discriminación, al considerar que los mensajes enviados por Le PEN podían suscitar

³⁶² STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, asunto Gündüz c./Turquía.

³⁶³ En el caso anterior, a diferencia de éste, la sentencia pivotaba más sobre la consideración de tales manifestaciones racistas como ofensivas o difamatorias contra quienes iban dirigidas, además de considerar los actos de discriminación que pudieran generarse de las mismas. En el caso Gündüz, por el tipo de discurso, el núcleo de la cuestión se centraba en la posibilidad de desencadenar actos violentos.

³⁶⁴ STEDH (Sección 5ª) de 10 de julio de 2008, caso Soulas y otros c./Francia.

³⁶⁵ Decisión del TEDH (5ª Sección) de 20 de abril de 2010, sobre la admisibilidad del caso Jean-Marie Le Pen c./Francia.

un sentimiento de rechazo y hostilidad hacia la comunidad musulmana. En esta decisión el artículo 17 CEDH ni fue mencionado.

Por otro lado, destacan otras sentencias en las que el Tribunal, aunque al final ha descartado que resulte de aplicación el art. 17 del Convenio, sin embargo sí que se ha empeñado en justificar su no aplicabilidad al caso en concreto. Así, el **asunto Leroy c./Francia (2008)**³⁶⁶, en el que se planteaba la sanción por apología del terrorismo por una caricatura publicada un par de días después de los atentados del 11-S y en la que podía entenderse que se glorificaba a sus autores, y donde el Tribunal descartó que pudiera aplicarse el art. 17 CEDH ya que no consideraba que el contenido del mismo (la destrucción del imperialismo americano) pudiera considerarse «*ratione materiae*» incompatible con el Convenio: por un lado, la publicación humorística ni negaría derechos fundamentales ni estaría dirigida contra los valores en los que se funda el Convenio, como ocurre con el racismo o el antisemitismo o la islamofobia; por otro, el Tribunal tampoco consideraba que la caricatura fuera una justificación inequívoca a los actos terroristas del 11-S, en cuyo caso quedarían fuera del ámbito de protección del art. 11 CEDH; y, en último lugar, en casos similares el Tribunal habría decidido entrar a conocer del fondo del asunto³⁶⁷ (§ 27). De manera que la decisión de no proteger la publicación y considerar legítimo el castigo fue valorada a través de su triple enjuiciamiento, en el que consideró en particular el contexto en el que se produjo y la cercanía de los atentados, por todo lo cual al entender del Tribunal fue una medida «necesaria en una sociedad democrática» (§§ 36 y ss).

Y, por último en este territorio fronterizo en el argumentar del Tribunal, podría situarse también la sentencia al asunto **Molnar c./ Rumanía (2012)**³⁶⁸, en la que el Tribunal afrontó la sanción a un ciudadano rumano por poner carteles con contenido nacionalista y homófobo en aplicación del delito de incitación al odio interétnico, a la discriminación y a la anarquía. En primer lugar, el Tribunal consideró que por el propio contenido del mensaje éste podría ser excluido de protección según el art. 17 CEDH³⁶⁹. Sin embargo, a pesar de lo concluido, el

³⁶⁶ STEDH (5ª Sección) de 2 de octubre de 2008, asunto Leroy c./Francia.

³⁶⁷ En concreto refiere su Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 29 de mayo de 2007, sobre la admisibilidad del asunto Kern c./Alemania, la cual trae causa de la expulsión de un trabajador de un ayuntamiento como consecuencia de una nota de prensa que publicó con un comentario sobre el atentado del 11-S y en la que criticaba a la oligarquía sionista. También en este caso el Tribunal entró al fondo del asunto valorando la injerencia en la libertad de expresión aunque, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado, decidió considerar legítima su expulsión.

³⁶⁸ STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./ Rumanía.

³⁶⁹ En concreto, afirmaba el Tribunal que: «En este caso concreto, los carteles requisados al recurrente contenían mensajes que expresaban las opiniones del interesado. Si algunos de estos mensajes no chocan por su contenido, otros podían contribuir, sobre todo en el contexto rumano, a

Tribunal planteaba también que, incluso si se «supusiera» que estaba en juego la libertad de expresión, también en ese caso la injerencia habría de ser considerada como legítima: estaba prevista por ley y fundada al menos en dos objetivos legítimos (la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de la reputación y los derechos de otros) y, en último lugar, valoraba como «pertinentes y suficientes» los motivos ofrecidos por los tribunales nacionales para justificar la proporcionalidad y la necesidad en una sociedad democrática de tal castigo (§§ 25 y 26). Una decisión que permite de esta forma ver claramente los dos *iter* argumentativos que sigue el tribunal ante este género de discursos: en algunos casos su expulsión de plano por el propio contenido del mensaje conforme al art. 17 CEDH y en otros un más pormenorizado análisis del contenido, finalidad y contexto del mensaje, contraponiendo la libertad de expresión y los valores que justifican en cada caso la injerencia y la proporcionalidad y necesidad en concreto de la misma.

b. La concreta peligrosidad de las expresiones incitadoras a la violencia o a la resistencia armada

Cercano a este primer grupo de sentencias relativas al «discurso del odio» se encuentran también los casos de condenas por expresiones consideradas incitadoras a la violencia o a la resistencia armada. Casos en los que pueden verse comprometidos valores de primer orden como la seguridad nacional, la integridad territorial del Estado o la prevención frente al delito, y en los que el mismo realiza un escrutinio muy cuidadoso de las injerencias sobre la libertad de expresión. Nuevamente en estos casos el Tribunal, al contrario de lo que se ha visto con el

mantener tensiones en la población. A este respecto, el Tribunal destaca más concretamente los mensajes que hacen referencias a la minoría gitana y a la minoría homosexual. *Por su contenido, estos mensajes tenían por objeto instigar al odio contra estas minorías, se dirigían a perturbar seriamente el orden público e iban contra los valores fundamentales del Convenio y de una sociedad democrática.* Afectando a los derechos de otros, tales actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos de modo que en virtud de las disposiciones del artículo 17 del Convenio, el aspirante no puede prevalerse de las disposiciones del artículo 10 del Convenio» (cursivas mías) (§ 23) [*En l'espèce, les affiches retrouvées chez le requérant contenaient différents messages qui exprimaient les opinions de l'intéressé. Si certains de ces messages ne choquent pas par leur contenu, d'autres pouvaient contribuer, surtout dans le contexte roumain, à entretenir des tensions au sein de la population. A cet égard, la Cour relève plus particulièrement les messages qui font des références à la minorité rom et à la minorité homosexuelle. Par leur contenu, ces messages visaient à instiguer à la haine contre ces minorités, étaient de nature à troubler gravement l'ordre public et allaient à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention et d'une société démocratique. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme de sorte qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne puisse pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention.*].

discurso negacionista o racista, prefiere no recurrir al artículo 17 CEDH y opta por ser muy cauteloso en el análisis que realiza, valorando tanto el contenido incitador de las expresiones como el contexto en el que las mismas son realizadas. En este sentido, en estos asuntos el Tribunal ha atendido de manera concreta a todos aquellos elementos contextuales que permiten valorar si las expresiones castigadas podían dar lugar a un «peligro real y presente»³⁷⁰ para la sociedad o fueran susceptibles de «favorecer la violencia [...], insuflando un odio profundo e irracional»³⁷¹. Algo que exige ir más allá del mero contenido y del lenguaje usado, y, como se dijo anteriormente, obliga a valorar las circunstancias concretas del caso, en particular la intencionalidad y la peligrosidad de las expresiones³⁷².

Entre estas sentencias destacan aquellas ante condenas impuestas por Turquía por publicaciones o discursos que afectaban a la cuestión kurda³⁷³. En estas sentencias el Tribunal ha llamado particularmente la atención sobre la necesidad de que se garantice un amplio debate político. A este respecto, ha recordado el Tribunal que «el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar a las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate político o de

³⁷⁰ STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./Hungría, § 49.

³⁷¹ STEDH de 9 de julio de 1999, caso Sürek c./Turquía, § 62.

³⁷² En este sentido, pueden verse los votos concurrentes a la sentencia de 8 de julio de 1999, caso Gerger c./Turquía. En el voto de los Jueces PALM, TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL y GREVE, estos sostienen que en una Democracia, como habría señalado el propio Tribunal, incluso las «*figthing words*» deben ser protegidas dentro del artículo 10. Y por ello creen que el Tribunal debe centrarse menos en el carácter incitador de las palabras y basar su valoración sobre los elementos contextuales en los que tiene lugar el discurso. Habría que ver si el lenguaje pretendía incitar a la violencia o si existía un real y verdadero peligro de que se realicen delitos. Y concluyen: «sólo a través de un examen detenido del contexto en el que las palabras ofensivas aparecen se puede dibujar una distinción significativa entre un lenguaje que resulta impactante y ofensivo –que queda protegido por el Artículo 10- y aquél que pierde su derecho a ser tolerado en una sociedad democrática» [*It is only by a careful examination of the context which the offending words appear that one can draw a meaningful distinction between language which is shocking and offensive –which is protected by Article 10- and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society*]. En el mismo sentido se sitúa el voto del Juez BONELLO que defiende que en una sociedad democrática sólo debe ser sancionada una expresión si la incitación es apta para crear un «*clear and present danger*». Cuando la incitación al uso de la fuerza sea de tipo intelectual, abstracta y apartada del lugar y tiempos en los que pueda dar lugar a brotes violentos, el derecho a la libertad de expresión debe prevalecer, según este Juez. En el mismo sentido pueden verse los votos concurrentes a la STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek y Özdemir c./Turquía.

³⁷³ Así, entre otras, *cfr.* SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso Baskaya y Okcuoglu c./Turquía; de 9 de julio de 1999, caso Sürek c./Turquía; de 8 de julio de 1999, caso Gerger c./Turquía; de 8 de julio de 1999, caso Sürek y Özdemir c./Turquía; STEDH (Sección 3ª) de 10 de octubre de 2000, caso Ibrahim Aksoy c./Turquía; STEDH (Sección 3ª) de 23 de septiembre de 2004, caso Feridun Yazar y otros c./Turquía; STEDH (Sección 3ª) de 21 de octubre de 2004, caso Doganer c./Turquía.

cuestiones de interés general»³⁷⁴ y ante la sanción penal por críticas a posiciones del Gobierno ha concluido que «la posición dominante que ocupa [el Gobierno] le obliga a dar prueba de moderación en el uso de la vía penal, sobre todo si existen otros medios para responder al ataque y a las críticas injustificadas de sus adversarios»³⁷⁵. Una moderación en el recurso a la vía penal que creo que debe entenderse no ya sólo por la especial posición del Gobierno, sino en general por el carácter de *ultima ratio* que debe presidir el uso de esta vía. El Tribunal ha considerado que, ante este tipo de expresiones que pueden además afectar al orden público, los Estados pueden adoptar medidas, incluso penales, dirigidas a reaccionar contra las mismas, pero siempre en un modo «adecuado y no excesivo»³⁷⁶; y, además, «allí donde las ideas inciten al uso de la violencia contra un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión»³⁷⁷. Ahora bien, sin que ello impida al Tribunal poder ejercer una supervisión última sobre la valoración realizada por los tribunales nacionales. Así, por ejemplo, en el caso **Baskaya y Okçuoglu c./Turquía (1999)**³⁷⁸, el Tribunal valoró los distintos elementos, entre ellos que el ensayo se había publicado en el ámbito universitario que exige mayor protección (§ 65)³⁷⁹ o la particular sensibilidad de la zona del conflicto kurdo, para concluir que, aunque los motivos señalados por los tribunales turcos fueran pertinentes, no resultaban sin embargo suficientes para justificar la sanción. Tampoco consideró proporcionadas las sanciones impuestas por los tribunales turcos, entre otros, en los asuntos **Gerger c./Turquía (1999)**³⁸⁰, **Sürek y Özdemir c./Turquía (1999)**³⁸¹, **Ibrahim Aksoy**

³⁷⁴ Entre otras, *vid.* SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso Baskaya y Okçuoglu c./Turquía, § 62 y de 9 de julio de 1999, caso Sürek c./Turquía, § 61. Toma la doctrina de la STEDH de 25 de noviembre 1996, asunto Wingrove c./ Reino Unido, § 58.

³⁷⁵ STEDH de 8 de julio de 1999, caso Baskaya y Okçuoglu c./Turquía, § 62.

³⁷⁶ STEDH de 9 junio 1998, asunto Incal c./ Turquía, § 54.

³⁷⁷ STEDH de 8 de julio de 1999, caso Baskaya y Okçuoglu c./Turquía, § 62.

³⁷⁸ STEDH de 8 de julio de 1999, caso Baskaya y Okçuoglu c./Turquía. La demanda se había presentado contra la condena penal a un autor por un ensayo en el que analizaba la cuestión kurda desde el punto de vista histórico pero realizando un análisis y crítica de la «ideología oficial» del Estado turco.

³⁷⁹ Una referencia que el Tribunal toma de su sentencia de 25 de agosto de 1998, asunto Hertel c./ Suiza, § 50. Contrasta, sin embargo, con la Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 7 de junio de 2011, sobre la admisión del caso Bruno Gollnisch c./Francia, en la que consideraba como una mayor carga para el ejercicio de la libertad de expresión los especiales deberes y responsabilidades que como profesor le corresponden.

³⁸⁰ STEDH de 8 de julio de 1999, caso Gerger c./Turquía. El Sr. GERGER había sido condenado por incitación a la violencia por una carta suya a la que se dio lectura en una ceremonia en recuerdo de un joven líder de un movimiento universitario de extrema-izquierda que fue condenado a muerte.

c./Turquía (2000)³⁸², **Feridun Yazar y otros c./Turquía (2004)**³⁸³ o **Doganer c./Turquía (2004)**³⁸⁴, al entender, al contrario que los tribunales nacionales, que en las manifestaciones realizadas no había un peligro potencial para la seguridad nacional y que las palabras usadas no suponían una verdadera incitación a la violencia ni eran constitutivas de aquello que podía ser considerado como «discurso del odio». Si que encontró estos elementos, sin embargo, en el caso **Sürek c./Turquía (1999)**³⁸⁵, en el que consideró las sanciones pertinentes y necesarias en una sociedad democrática al constatar que «el contenido de las cartas era susceptible de favorecer la violencia en la región, insuflando un odio profundo e irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que se alegaban. De hecho, el lector saca la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada cara al agresor» (§ 62).

c. Disparidad de criterios en la tutela de sentimientos políticos y religiosos

Dentro del pantanoso ámbito en el que se sitúan discursos como la incitación al odio, a la violencia o a la discriminación, la apología o la instigación al delito y la apología de ideologías totalitarias, se encuentran en particular dos sentencias referidas a la tutela de sentimientos políticos y religiosos. Por un lado,

En esta carta el Sr. GERDER afrontaba la cuestión kurda y criticaba que el Gobierno turco negara derechos a los kurdos, algo que era entendido por el gobierno como una legitimación de la causa independentista kurda.

³⁸¹ STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek y Özdemir c./Turquía. En este asunto Turquía había condenado por propaganda contra la integridad del Estado a los editores y propietario de una revista turca por publicar una entrevista al líder del *Kurdistan Workers's Party*.

³⁸² STEDH (Sección 3ª) de 10 de octubre de 2000, caso Ibrahim Aksoy c./Turquía. Se condena por las opiniones expresadas en el congreso regional del partido del cual era secretario general y diputado, en las cuales exigía el reconocimiento de los derechos del pueblo kurdo.

³⁸³ STEDH (Sección 4ª) de 9 de abril de 2002, caso Yazar c./Turquía. Como en el asunto anterior se trata de una condena al presidente y miembros fundadores de partido político por opiniones expresadas en un congreso regional reclamando el reconocimiento de los derechos del pueblo kurdo.

³⁸⁴ STEDH (Sección 3ª) de 21 de octubre de 2004, caso Doganer c./Turquía. Se condena a un ciudadano turco por declaraciones realizadas en la sede de su partido político con un discurso relativo a la acción de las fuerzas de seguridad en la lucha contra las actividades separatistas.

³⁸⁵ STEDH de 9 de julio de 1999, caso Sürek c./Turquía. La demanda se produce en este asunto por la condena impuesta al propietario de una revista turca por difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad territorial del Estado y la unidad nacional tras la publicación de dos cartas al director cuyos términos y contenido podían considerarse incitación a la violencia, las cuales estaban además dirigidas a ser distribuidas en zonas de conflicto y tensión.

la sentencia al caso **Vajnai c./ Hungría (2008)**³⁸⁶, que se planteó por la condena por el delito de exhibición pública de símbolos de regímenes totalitarios a un miembro de un partido político legal que había vestido en su chaqueta una estrella comunista en una manifestación autorizada; algo que se consideraba que podía resultar ofensivo para las víctimas del régimen del terror comunista y a sus familias. De esta manera, la justificación a la sanción impuesta vendría dada, no ya por la «seguridad nacional», como ocurría en los casos anteriores, sino que, igual que en el discurso negacionista o en las manifestaciones de discurso del odio, los fines que justifican la sanción serían la «protección de la reputación y de los derechos ajenos», y, anejo al mismo, la «prevención del delito». El Tribunal recordó su doctrina general sobre la libertad de expresión y el pequeño ámbito que cabe para las restricciones en materia política o en cuestiones de interés público. Analizando entonces las circunstancias concretas para evitar que se pudiera producir una sanción por la mera expresión de una opinión, el Tribunal tuvo en cuenta distintos elementos. Así, por ejemplo, valoró que la persona no fuera un funcionario público y que ya hubieran transcurrido años suficientes desde la transición en Hungría, de forma que «[n]o hay evidencia que sugiera que exista un peligro real y presente de ningún movimiento o partido político restaurador de la dictadura Comunista» (§ 49)³⁸⁷. Se ve cómo el Tribunal consideró de forma muy diferente las actividades o manifestaciones vinculadas con el nacionalsocialismo, para las cuales si que cree que exista ese peligro de que se reconstituyan movimientos nazis que pongan en peligro la esencia de los valores del Convenio³⁸⁸, mientras que tal peligro no lo estimó con respecto a la rehabilitación de regímenes comunistas. Añadía que «[c]uando la libertad de expresión es ejercitada como discurso político –como es en el presente caso- las limitaciones están justificadas sólo en la medida en la que exista una necesidad social clara, imperiosa y específica»³⁸⁹ (§ 51). Pero, sobre todo, en lo que supone un rechazo absoluto a la aplicación de criterios apriorísticos sobre el mero lenguaje o contenido de un discurso para justificar su castigo, el Tribunal destaca que «sólo un examen cauteloso del contexto en el que las palabras ofensivas aparecen puede dibujar una distinción significativa entre el lenguaje chocante y ofensivo que está protegido por el Artículo 10 y el que pierde su derecho a ser tolerado en una sociedad

³⁸⁶ STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./ Hungría.

³⁸⁷ *[there is no evidence to suggest that there is a real and present danger of any political movement or party restoring the Communist dictatorship]*.

³⁸⁸ Así se ha visto al analizar, por ejemplo, la Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c./ Austria.

³⁸⁹ *[when freedom of expression is exercised as political speech – as in the present case – limitations are justified only in so far as there exists a clear, pressing and specific social need]*.

democrática»³⁹⁰ (§ 53). Y, en este análisis en concreto, no consideró que la propaganda de la estrella comunista fuera por sí misma razón para una sanción penal, más aún en la medida en la que este símbolo podría tener diferentes significados –por ejemplo es el símbolo de la protección de los trabajadores-. Una reflexión que cerró con otra importante consideración sobre la posible afectación de los sentimientos de un grupo de población: «[El Tribunal] acepta que la exhibición de un símbolo que era omnipresente durante el reinado de estos regímenes puede crear malestar entre antiguas víctimas y sus familiares, que con razón pueden encontrar dicha exhibición irrespetuosa. No obstante, considera que *este tipo de sentimientos, aunque comprensibles, no pueden por sí mismos fijar los límites de la libertad de expresión.* Teniendo en cuenta las garantías que la República de Hungría ha previsto legalmente, moral y materialmente para las víctimas del Comunismo, *tales emociones no pueden considerarse como temores racionales.* En opinión del Tribunal, *un sistema jurídico que aplica restricciones a los derechos humanos para satisfacer los dictados de un sentimiento público –real o imaginario- no puede considerarse que satisfaga las necesidades sociales imperiosas reconocidas en una sociedad democrática, ya que la sociedad debe seguir siendo razonable en su juicio. Sostener lo contrario significaría que la libertad de expresión y de opinión quedaría sujeta al veto de heckler*³⁹¹»³⁹² (§ 57 –énfasis míos-). Una respuesta que sin embargo no parece que fuera igual en el caso de que lo que se hubiera exhibido fuera una esvástica.

Como contraste con esta decisión resulta muy llamativa la sentencia del Tribunal en el asunto **Otto-Preminger-Institut c./Austria (1994)**³⁹³, por la notable restricción que permitió a la libertad de expresión en atención a la tutela

³⁹⁰ [it is only by a careful examination of the context in which the offending words appear that one can draw a meaningful distinction between shocking and offensive language which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society].

³⁹¹ Nota de traducción: *heckler* es el nombre inglés para denominar a la persona que interrumpe a un orador para molestar. Fuente: Concise Oxford Spanish Dictionari. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponible a través de: <http://www.wordreference.com>

³⁹² [It accepts that the display of a symbol which was ubiquitous during the reign of those regimes may create uneasiness amongst past victims and their relatives, who may rightly find such displays disrespectful. It nevertheless considers that such sentiments, however understandable, cannot alone set the limits of freedom of expression. Given the well-known assurances which the Republic of Hungary provided legally, morally and materially to the victims of Communism, such emotions cannot be regarded as rational fears. In the Court's view, a legal system which applies restrictions on human rights in order to satisfy the dictates of public feeling – real or imaginary – cannot be regarded as meeting the pressing social needs recognised in a democratic society, since that society must remain reasonable in its judgement. To hold otherwise would mean that freedom of speech and opinion is subjected to the heckler's veto.].

³⁹³ STEDH de 20 de septiembre de 1994, caso Otto-Preminger-Institut c./Austria.

del sentimiento religioso de una parte de la población³⁹⁴. En este caso el Tribunal sí que se detuvo a analizar el enjuiciamiento que los jueces nacionales habían hecho sobre el contenido de la película y en qué medida podía resultar provocador e injurioso, admitiendo la confiscación del mismo por la sola consideración a que ésta podía ofender los sentimientos de los católicos. En concreto concluyó que: «El Tribunal no puede olvidar que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los tirolese. Retirando la película, las autoridades austriacas han intentado proteger la paz religiosa en esta región e impedir que ciertas personas se sintiesen atacadas en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva. Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, mejor situadas que el juez internacional, evaluar la necesidad de tales medidas a la luz de la situación que existe a nivel nacional en una época determinada. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el Tribunal no considera que las autoridades austriacas puedan ser acusadas de haberse excedido en su margen de apreciación a este respecto» (§ 2.A). De esta manera el Tribunal se aleja de su doctrina antes señalada en el ámbito del discurso político donde, como se acaba de ver, no había admitido la sanción por el mero hecho de que se usara un lenguaje «chocante y ofensivo»³⁹⁵. Pero, ¿acaso el debate religioso no es también una cuestión de interés público?

d. La ilegalización de partidos políticos: respeto a las formas democráticas y programa político compatible con los principios democráticos fundamentales

Por último, cabría estudiar la jurisprudencia del Tribunal sobre la ilegalización de partidos políticos, un ámbito en el que, por estar en juego la esencia del pluralismo político, se ve con particular claridad estos complejos

³⁹⁴ La demanda ante el Tribunal parte contra una condena por el delito de «denigración de las doctrinas religiosas», que sanciona conductas contra objetos de veneración religiosa que pueda causar una «indignación justificada». En concreto, el problema había nacido por la proyección de una película ofensiva para la religión católica que había sido confiscada por autoridad judicial (más que ofensivo caricaturizaba la religión: se presentaba a Dios Padre como un viejo achacoso e impotente, a Jesucristo como un «niño de mamá» dotado de poca inteligencia y a la Virgen María, quien evidentemente manejaba el tinglado, como una desvergonzada sin escrúpulo). El nombre de la película era «El Concilio del amor» (*Das Liebeskonzil*).

³⁹⁵ STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./ Hungría. Sobre el ámbito de la libertad religiosa, en su eficacia hacia el exterior, puede verse la STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis c./ Grecia, en la que el Tribunal amparará al demandante que había sido condenado por proselitismo abusivo. Los asuntos en liza son muy diferentes pero ello no quita que sea legítimo plantearse: ¿igual que es legítimo el proselitismo de una religión no se debe tolerar también la crítica?

límites entre la protección de la democracia y la tolerancia propia de una sociedad pluralista y libre. En este sentido, el Tribunal como se ha venido recordando ha dejado dicho de forma taxativa que «no hay democracia sin pluralismo»³⁹⁶, pero, al mismo tiempo, ha reconocido que «para garantizar la estabilidad y efectividad del sistema democrático, el Estado puede verse requerido a adoptar medidas específicas para protegerse a sí mismo»³⁹⁷. Y, con respecto a los partidos políticos en concreto, el Tribunal ha indicado entonces que «[u]n Estado contratante en el Convenio, en base a sus obligaciones positivas, puede imponer a los partidos políticos, formaciones destinadas a acceder al poder y a dirigir una parte importante de aparato estatal, el deber de no proponer un programa político en contradicción con los principios fundamentales de la democracia»³⁹⁸. Por tanto, aunque se declara la importancia del pluralismo político, a juicio del Tribunal, «no se puede exigir al Estado que espere, antes de intervenir, a que un partido político se apropie del poder y comience a ejecutar un proyecto político incompatible con las normas del Convenio y de la democracia, adoptando medidas concretas tendentes a realizar dicho proyecto, aunque el peligro de este último para la democracia esté suficientemente demostrado y sea inminente». El Tribunal admite que cuando los tribunales internos establecen la presencia de dicho peligro, después de un examen minucioso sometido a un riguroso control europeo, un Estado «puede razonablemente impedir la realización de tal proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que corren el riesgo de comprometer la paz y el régimen democrático del país»³⁹⁹. Porque, como ha indicado, «[e]l Convenio Europeo de Derechos Humanos debe entenderse e interpretarse como un todo. Los Derechos Humanos constituyen un sistema integrado tendente a proteger la dignidad del ser humano; la democracia y la preeminencia del Derecho («rule of law») tienen a este respecto un papel clave»⁴⁰⁰.

Pues bien, en este marco se pueden distinguir entonces dos grandes grupos de sentencias:

A) *Casos de partidos políticos que habían sido ilegalizados por haber mantenido un proyecto político incompatible con los principios y las estructuras*

³⁹⁶ Así, por ejemplo, en STEDH de 25 de mayo de 1998, caso Partido Socialista c./Turquía, apart. 41 [Traducción de la base de datos WestlawEs].

³⁹⁷ [in order to guarantee the stability and effectiveness of a democratic system, the State may be required to take specific measures to protect itself] STEDH (Gran Sala) de 16 de marzo de 2006, asunto Zdanoka v./Lituania, § 100.

³⁹⁸ Así, por ejemplo, en STEDH de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi y otros c./Turquía, § 103 [Traducción de la base de datos WestlawEs].

³⁹⁹ *Íbidem*, § 102.

⁴⁰⁰ *Íbidem*, § 42.

*actuales del Estado pero que no eran contrarios en sí a las reglas democráticas*⁴⁰¹. Ante tales casos el Tribunal ha considerado que no será legítima su ilegalización en la medida que no existiera una llamada a la violencia ni supusieran una amenaza real para la sociedad. Y es que «[p]ertenece a la misma esencia de la democracia el permitir la propuesta y discusión de proyectos políticos diversos, incluso aquellos que cuestionan el modo de organización actual de un Estado, siempre que no tiendan a atentar contra la misma democracia»⁴⁰². Así las cosas, el Tribunal descarta expresamente que pueda ser de aplicación el artículo 17 CEDH, ya que de tales proyectos no se puede deducir que se fuera a aprovechar del Convenio para dedicarse a actividades o actos tendentes a la destrucción de los derechos y libertades por éste reconocidos⁴⁰³.

B) *Partidos políticos cuya ilegalización ha sido entendida como justificada* por el Tribunal. Dentro de los mismos se encuentran dos grandes subgrupos de sentencias, unas referidas a la ilegalización de *partidos fundamentalistas islámicos*⁴⁰⁴ y el otro con sentencias sobre *partidos filo-terroristas*⁴⁰⁵. Un ámbito en el que el Tribunal sí que ha dejado definidos claramente los límites: «un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado con dos condiciones: 1) los medios utilizados a este respecto deben de ser desde todo punto de vista legales y democráticos; 2) el cambio propuesto debe ser él mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De ello se deriva necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan a recurrir a la violencia o proponen un proyecto político que no respeta una o varias normas de la democracia o que tiende a la destrucción de ésta así como al desconocimiento de los derechos y libertades que ésta reconoce, no puede prevalerse de la protección del Convenio

⁴⁰¹ En este grupo se pueden incluir, entre otras: SSTEDH de 25 de mayo de 1998, caso Partido Socialista y otros c./Turquía; de 30 de enero de 1998, asunto Partido Comunista Unificado de Turquía; de 8 de diciembre de 1999, caso del Partido de la Libertad y de la Democracia (IZDEP) c./Turquía; y STEDH (Sección 4ª) de 9 de abril de 2002, caso Yazar c./Turquía.

⁴⁰² Así, STEDH de 25 de mayo de 1998, caso Partido Socialista y otros c./Turquía, § 47. [Traducción de la base de datos WestlawEs].

⁴⁰³ *Íbidem*, § 53. *Cfr.* también, *mutatis mutandi*, SSTEDH de 30 de enero de 1998, asunto Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c./Turquía, § 60; de 8 de diciembre de 1999, caso del Partido de la Libertad y de la Democracia (IZDEP) c./Turquía, § 47.

⁴⁰⁴ Entre ellas, *cfr.* STEDH (Sección 3ª) de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi y otros c./Turquía; y STEDH de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi y otros c./Turquía.

⁴⁰⁵ En particular, *vid.* STEDH (Sección Tercera) de 7 de diciembre de 2010, asunto Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE_ANV) c./España; STEDH (Sección 5ª) de 30 de junio de 2009, caso Herri Batasuna c./España; STEDH (Sección 5ª) de 30 de junio de 2009, asunto Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros c./España; STEDH (Sección 5ª) de 30 de junio de 2009, asunto Herritarren Zerrenda c./España.

contra las sanciones impuestas por estos motivos»⁴⁰⁶. E, incluso, ha fijado unos puntos sobre los que debe concentrarse el examen global del Tribunal para saber si la disolución de un partido político por riesgo de atentar contra los principios democráticos responde a una «necesidad social imperiosa»: «i) si existen indicios que muestren que el riesgo de atentado a la democracia, a reserva de ser probado, está suficiente y razonablemente próximo; ii) si los actos y discursos de los dirigentes y miembros del partido político, tomados en consideración en el marco del asunto, son imputables al conjunto del partido; iii) si los actos y discursos imputables al partido político constituyen un conjunto que orfece una clara imagen de un modelo de sociedad concebido y predicado por el partido y que estaría en contradicción con el concepto en el concepto de “sociedad democrática”»⁴⁰⁷.

Estas sentencias dejan ver cómo el Tribunal, aunque ha dibujado unos criterios concretos para juzgar la ilegalización de los partidos políticos, sin embargo al final se permite la ilegalización de partidos atendiendo únicamente al contenido de su programa político. De esta manera, un partido político podrá ser ilegalizado si el contenido de sus propuestas políticas es contrario a principios esenciales del Convenio, aunque valorando que exista un mínimo riesgo para su implantación. Ahora bien, aun cuando el Tribunal mantiene en estas decisiones la lógica del artículo 17 CEDH, el cual como se ha visto aplica para excluir de protección como «abuso de derecho» actividades de cualquier género que pretendan o tengan un objetivo contrario a la esencia del Convenio, sin embargo no viene mencionado en su *iter argumental*. Sí ha sido referido, pero para descartar su aplicación, en los casos de los partidos políticos en los que no ha admitido su ilegalización porque, aunque contrarios a principios y estructuras actuales del Estado, sin embargo respetaban los valores democráticos⁴⁰⁸.

D. Recapitulación crítica: la delgada línea entre el principio de libertad y la defensa de la Democracia

Una sociedad democrática es, por definición, una sociedad plural, lo que exige por tanto un amplio nivel de tolerancia hacia otras ideas –y a su expresión-. Es entonces al admitir los límites a esta libertad donde se pone justo el acento en el carácter más o menos abierto de un orden constitucional. A este respecto, como se ha visto, el Convenio de Europa es hijo de un escenario muy concreto que le lleva a

⁴⁰⁶ Así, en una de las primeras sentencias, STEDH (Sección 3ª) de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi y otros v./Turquía, apart. 45 [Traducción de la base de datos WestlawEs].

⁴⁰⁷ Así, por ejemplo, en STEDH de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi y otros c./Turquía, apart. 104 [Traducción de la base de datos WestlawEs].

⁴⁰⁸ Véase referencias jurisprudenciales ya realizadas.

ser especialmente cauteloso frente a la posibilidad de que se pueda abusar de las propias libertades democráticas para destruir la misma. Es por ello que, a diferencia de otros órdenes como el norteamericano cuya clave de bóveda será el principio de libertad, en el ámbito del Consejo de Europa se reconoce la «necesidad en una sociedad democrática» de que ésta se proteja frente a sus enemigos; que se muestre intolerante frente a quienes quieren destruir la esencia de los valores de convivencia de la propia sociedad.

Es ahí, en esta delgada línea entre el respeto al pluralismo -concretado en la libertad de expresión- y la protección de la democracia, donde se enmarca la jurisprudencia del Tribunal sobre el castigo del negacionismo. Un confín muy delicado, y más aún en un «supra-orden» como es el del Convenio Europeo, que se sitúa por encima de modelos constitucionales que nacen a su vez de una realidad en general común pero que mantienen sensibilidades o percepciones distintas sobre el modelo más o menos abierto que proclaman para sus sociedades. Algo que debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar la función que tiene que cumplir el Convenio Europeo y que el Tribunal ha reconocido en concreto a través de su doctrina del margen de apreciación nacional⁴⁰⁹. En este sentido, el Tribunal deberá permitir un amplio margen para aquellos países que, en aras de proteger sus democracias, impongan sanciones sobre ciertos discursos o manifestaciones incompatibles con los valores democráticos; pero, al mismo tiempo, tampoco puede dar carta abierta y deberá velar porque se respeten las exigencias básicas de pluralismo, incluso de aquellos cuyas ideas o pensamientos nos puedan resultar más execrables. Sin olvidar que, aunque estas decisiones no comprometan a Estados que optan por mantener un sistema más abierto, sin embargo la jurisprudencia del Tribunal constituye en todo caso un referente⁴¹⁰.

De esta manera, se ha visto cómo el Tribunal Europeo mantiene una postura comprometida con la defensa de la democracia y se muestra proclive a justificar las sanciones impuestas frente a manifestaciones que puedan resultar contrarias a los valores de la democracia⁴¹¹. Parecería que, como indica CATALÁ I BAS, de la jurisprudencia del Tribunal se puede deducir un umbral marcado por los valores de tolerancia y pluralismo sin los cuales no hay democracia, de forma que aquellas ideas que los respeten podrían encontrar amparo dentro del Convenio, pero

⁴⁰⁹ J. BONET I PÉREZ, *El derecho a la información...*, op. cit., p. 214-228.

⁴¹⁰ Sobre esta idea se profundizará *infra* Cap. 8, epígrafe 5.

⁴¹¹ Así, en particular, *cf.* Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia, STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./Rumanía, Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia o Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido.

aquellas otras que se encuentren por debajo de este umbral en todo caso quedarían fuera del ámbito de protección del mismo⁴¹². Ahora bien, como este mismo autor expresa, esta postura del Tribunal «exige una gran rigurosidad en el examen que, indudablemente, encierra sus peligros a fin de encontrar un justo equilibrio, hilar muy fino, para no caer en una caza de brujas», y concluye: «[t]an malo es permitir la difusión de ideologías, creencias, etc. destructivas, como imponer un régimen más o menos encubierto de censura y de silencio al que disiente»⁴¹³. Y es que entender esta doctrina en su sentido más amplio llevaría a admitir la restricción de ideas por su sólo contenido ideológico. De forma que, si no se quiere llegar a tales extremos, se hace necesario un enjuiciamiento que supere el mero contenido de las manifestaciones sancionadas y penetre verificando la peligrosidad o lesividad en concreto de las expresiones –teniendo en cuenta la mejor posición de los órganos judiciales nacionales para acometer tal labor de apreciación-. Un enjuiciamiento concreto que, como se verá, tampoco está exento de problemas cuando la referencia son situaciones sociales y políticas⁴¹⁴.

En cualquier caso, recapitulando ahora el análisis realizado de la jurisprudencia del TEDH, se puede observar el carácter vacilante de la misma: Así, por ejemplo, ante manifestaciones que podían comprometer la «seguridad pública» del Estado o en aras de la «prevención frente al delito», el Tribunal sí que ha asumido en general el criterio de verificar la concurrencia de un «peligro real y presente» para considerar necesaria la restricción de la libertad. Esto se ha visto en particular en los casos por sanciones a expresiones consideradas incitadoras a la violencia o a la resistencia armada, en las que el Tribunal en su escrutinio iba más allá de valorar que el lenguaje del discurso en sí mismo resultara instigador, y comprobaba si a través de los diversos elementos contextuales se daba tal peligro o se «movía» a tales actos peligrosos⁴¹⁵.

Mucho más lábil ha sido la respuesta que el Tribunal ha dado, sin embargo, cuando se ha enfrentado al «discurso del odio» y, en general, a las manifestaciones

⁴¹² A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, op. cit., p. 106, referido a la jurisprudencia sobre ideologías o proyectos políticos incompatibles con los valores democráticos. En el mismo sentido, vid. Íd, *La libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones RGD, Valencia, 2001, p. 347.

⁴¹³ A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, op. cit., p. 130.

⁴¹⁴ Sobre las dificultades de acometer un enjuiciamiento concreto en los delitos de instigación, vid. *infra* Cap. 7, epígrafe 3.3.2.

⁴¹⁵ Entre otras, por ejemplo, *cf.* STEDH de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./Hungria, § 49, o STEDH de 1999, caso Sürdek c./Turquía, § 62. Pueden verse también las sentencias mencionadas en nota n. 373 en este Cap..

racistas o xenófobas⁴¹⁶. Si en algunas sentencias ha excluido de plano la protección de discursos por su contenido racista, antisemita, homófobo o islamofóbico; en otras el Tribunal ha legitimado su castigo previa verificación de su contenido ofensivo de los sentimientos o la dignidad de personas o grupos o de su carácter provocador a actos de odio o discriminación. A mi juicio, habría que alejarse de proscribir de plano discursos en ámbitos tan relacionados con la ideología y el debate público y se hace necesario perfilar una pauta clara en atención a la ofensividad concreta del discurso: así, en el caso de manifestaciones insultantes o vejatorias, se puede atender básicamente al contenido injurioso de las expresiones para la persona o grupo contra las que se dirigen; pero, en el caso de que la restricción se base en el carácter instigador, entonces habrá que ir más allá del contenido y del lenguaje usado para apreciar otros elementos contextuales que pongan de manifiesto la concreta peligrosidad⁴¹⁷. Por otro lado, tampoco ha sido homogénea la tutela ofrecida por el tribunal cuando la ofensa se dirigía a sentimientos nacionales o religiosos, aunque como eje común ha afrontado un análisis más o menos penetrante de las circunstancias del caso sobre la base del triple test⁴¹⁸.

En el ámbito del discurso político, ante ideologías o proyectos políticos incompatibles con los valores democráticos, el Tribunal admite la ilegalización de partidos políticos cuando se verifique un peligro más o menos cierto de que se puede terminar recurriendo a la violencia, o de que se pueda desarrollar un proyecto político contrario a los valores democráticos esenciales. Así, se veía cómo el Tribunal de manera general ha declarado que aquellos partidos que pretendieran un proyecto contrario a los valores democráticos pueden quedar ilegalizados; pero, en el test en concreto que propone para enjuiciar la legitimidad

⁴¹⁶ A este respecto *cf.*, en particular, STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica; STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, asunto Gündüz c./Turquía; STEDH (Sección 5ª) de 10 de julio de 2008, caso Soulas y otros c./Francia; Decisión del TEDH (5ª Sección) de 20 de abril de 2010, sobre la admisibilidad del caso Jean-Marie Le Pen c./Francia; STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto Jersild c./Dinamarca; STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto Jersild c./Dinamarca; Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 29 de mayo de 2007, sobre la admisibilidad del asunto Kern c./Alemania; Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia; Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido; STEDH (5ª Sección) de 2 de octubre de 2008, asunto Leroy c./Francia; y STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./ Rumanía.

⁴¹⁷ Así, por ejemplo, *cf.* STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, asunto Gündüz c./Turquía; STEDH (Sección 5ª) de 10 de julio de 2008, caso Soulas y otros c./Francia. Sin embargo, en la STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica, se ha criticado la misma por no atender a un enjuiciamiento en concreto de la peligrosidad de las expresiones.

⁴¹⁸ En este sentido, *vid.* STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./Hungría; y STEDH de 20 de septiembre de 1994, caso Otto-Preminger-Institut c./Austria.

de las restricciones, incluye que se valore «si existen indicios que muestren que el riesgo de atentado a la democracia, a reserva de ser probado, está suficiente y razonablemente próximo»⁴¹⁹. De tal manera que, aunque es cierto que permite que un Estado se proteja frente a discursos políticos que pueden degenerar en medidas contrarias a los propios valores democráticos, al mismo tiempo exige que exista una cierta peligrosidad en concreto de que tales atentados puedan producirse. Y, aunque menciona el artículo 17 CEDH, lo hace siempre como refuerzo del escrutinio que realiza de conformidad al art. 10⁴²⁰.

Sin embargo, estas consideraciones decaen cuando se trata de actividades o manifestaciones vinculadas con el nacionalsocialismo. Ante ellas, como se ha presentado, el Tribunal opta por una aplicación autónoma del artículo 17 CEDH que lleva la exclusión radical de la protección del Convenio sin mayor enjuiciamiento de la peligrosidad en concreto que tales expresiones pueden suponer; ésta, podría decirse, se presupone en el caso del nacionalsocialismo. Como señalaba el Tribunal en el asunto Hans Jorg Schimanek c./Austria (2000), el «Nacional Socialismo es una doctrina incompatible con la democracia y los derechos humanos y sus partidarios persiguen indudablemente fines de los del tipo de los referidos en el Artículo 17 de la Convención»⁴²¹. Por el solo hecho de perseguir tales fines ya las excluye, a juicio del Tribunal, de la posibilidad de quedar protegidas. Una lógica extrema que como se puede comprobar va mucho más allá de la mantenida frente a cualquier otro tipo de discurso.

Unas fronteras que, como se ha visto, también ha traspasado con el discurso negacionista del Holocausto⁴²². Para el Tribunal las manifestaciones negacionistas suponen, por un lado, un discurso de odio que resultaría insultante para la sensibilidad de la comunidad judía y, además, lo vincula de manera

⁴¹⁹ En particular, *cfr.* STEDH de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi y otros c./Turquía.

⁴²⁰ Por su parte, se ha visto que el Tribunal realizaba reflexiones parecidas en el asunto Vajnai c./ Hungría (2008), en el que entre los elementos que le servían para enjuiciar admitía que no hubiera «evidencia que sugiera que exista un peligro real y presente de ningún movimiento o partido político restaurador de la dictadura Comunista»; de tal suerte que, en el caso de actividades que pudieran suponer expresión de la ideología totalitaria comunista, tampoco se admite su sanción por el mero contenido de la misma y no se aplica el artículo 17 CEDH de forma autónoma sino en relación con el art. 10 CEDH (STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./ Hungría). Sobre la ilegalización de partidos, véanse las referencias en el correspondiente epígrafe en este Cap.

⁴²¹ Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c./Austria.

⁴²² *Cfr.* Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c./Austria; decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia; y, aunque sin aplicar autónomamente el art. 17 CEDH, también en la decisión del TEDH (Sección 4ª) de 20 de abril de 1999, sobre la admisibilidad del asunto Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania.

inmediata con unas finalidades contrarias a la esencia de los valores del Convenio. Algo que le llevaba a «cruzar el Rubicón» y excluir de protección «*ratione materiae*» a este tipo de manifestaciones aplicando autónoma y radicalmente el artículo 17 del Convenio. Una doctrina que se ha denominado como de «grueso calibre»⁴²³. El Tribunal evita recurrir a su tradicional ponderación en un escrutinio concreto del carácter ofensivo o instigador de las expresiones y de su peligrosidad al menos «potencial»⁴²⁴, como hace en la respuesta frente a programas contrarios a valores incompatibles con los valores democráticos en el ámbito de partidos políticos o en la mayoría de casos de «discurso del odio»⁴²⁵ (aunque esta aplicación autónoma del art. 17 la haya empezado a extender a supuestos de discursos racistas, antisemitas o islamofóbicos⁴²⁶). Incluso, como se ha visto, el Tribunal se ha atrevido a fijar una categoría de «hechos históricos claramente establecidos» ante la que no cabe discusión alguna. Categoría que terminaría por incluir exclusivamente a los crímenes nazis, pero que no aplica a otros supuestos de revisionismo histórico de cuestiones relacionadas con la II Guerra Mundial o con otros crímenes de guerra, para los cuales el TEDH afirma la necesidad de garantizar un amplio espacio de libertad para el debate⁴²⁷. Es precisamente al negacionismo del Holocausto al que termina aplicando la respuesta

⁴²³ J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *op. cit.*, p. 20.

⁴²⁴ Así, R. ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 334 contrapone que para el discurso del odio el Tribunal al menos exige verificar un «peligro potencial», aunque no sea un peligro concreto y actual, frente a los casos de negacionismo del Holocausto en los que mantiene un criterio de «peligro presunto» (o simbólico).

⁴²⁵ En este sentido afirma LANDA GOROSTIZA que «[e]l TEDH, en definitiva, ha ido dibujando con el paso del tiempo un filtro del discurso de incitación xenófoba que solo en casos muy directa y evidentemente ligados a la agitación negacionista o revisionista del holocausto nazi tiende a desconocer los detalles del contexto» («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, p. 327). Sobre las «incongruencias del doble criterio de enjuiciamiento al discurso del odio», *vid.* especialmente R. ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto...», *op. cit.*, pp. 322 y ss.

⁴²⁶ De nuevo, recuérdense en particular la STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./ Rumanía; la Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia y la Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido.

⁴²⁷ Así, *cf.* STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia; STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia; STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso Monnat c./Suiza; y STEDH (Sección 5ª) de 15 de enero de 2009, caso Orban y otros c./Francia y la STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza.

guillotinatora⁴²⁸ que ha mantenido para las actividades nacionalsocialistas y que extiende al discurso racista o xenófobo, expulsando de plano del ámbito de protección del Convenio a cualquier manifestación de esta ideología y admitiendo la necesidad de su sanción penal⁴²⁹.

No cabe poner en duda el carácter único del nazismo, probablemente la representación del más execrable acto conocido en la Historia, y seguro en la Historia moderna. Pero, ¿de verdad es razonable el blindarlo de tal forma? Parece que, como señala BURATTI, esta jurisprudencia viene a ignorar las adquisiciones del debate en la doctrina penal acerca de los delitos de opinión y, lejos de todas las justificaciones ofrecidas por el Tribunal, emerge la naturaleza real del debate que se plantea: «come ogni regime político, anche quello democratico, proprio dei Paesi aderenti alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, si fonda su di una legittimità politica che non può prescindere da alcuni *tabù* ideali e materiali, da alcuni miti fondatori che necessitano di essere protetti»⁴³⁰.

⁴²⁸ A este efecto «guillotinantante», como se ha visto, se refieren también R. ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 321 o C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso del diritto...», *op. cit.*, p. 352.

⁴²⁹ Concluye E. FRONZA que «[q]uesta pronuncia segnala, da un lato, la tendenza a canalizzare la storia nell'ambito di categorie giuridiche e, dall'altro, la tendenza a privilegiare, nel mosaico delle risposte possibili, la risposta penale» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 148).

⁴³⁰ A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione “dei miti fondatori” del regime democratico», *Giurisprudenza Italiana* [base de datos en línea], fasc. 12, 2005, p. 6. En sentido similar se expresa ALCÁCER GUIRAO: «No estando sostenido sobre bases tangibles o racionales, sino sobre el quebrantamiento de un tabú, resulta indiferente que la conducta haya llegado a afectar a la dignidad u honor de persona alguna, así como también que hayan podido menoscabarse las bases institucionales o sociales del sistema democrático. El sentido de la prohibición no es, en rigor, la protección de tales bienes jurídicos, sino el de reafirmar la incondicional vigencia del tabú, el de actualizar permanentemente la memoria del *pacto ético* frente a una barbarie que cambio para siempre la identidad europea» («Libertad de expresión, negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 339). Sobre esta cuestión se volverá en el Cap. 8.

CAPÍTULO 4

El delito de negacionismo en las principales democracias occidentales

Este capítulo pretende analizar la respuesta normativa que las principales democracias occidentales han dado al fenómeno negacionista y, en particular, aquellos países que han desarrollado medidas penales que vienen a reconocer un delito de negacionismo⁴³¹. Algo que, además, reviste especial relevancia en el ámbito de la Unión Europea a los efectos de poder constatar la forma en la que los Estados miembros han transpuesto la Decisión marco⁴³². En tal sentido, se seguirá

⁴³¹ Para un completo estudio de derecho comparado *cfr.* J. LUTHER, «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *ReDCE*, n. 9, 2008, pp. 247-295 y E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 17 y ss. De manera más sintética, *vid.* ÍD., «The punishment of negationism...», *op. cit.*, pp. 617 y ss.; ÍD., «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *UNED. Revista de Derecho Penal y criminología*, n. 5, 2011, pp. 116 y ss. y ÍD., «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, pp. 37 y ss.; C. M. CASCIONE, «Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici» [en línea], reelaboración de la ponencia «Negazionismo e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», realizada con ocasión del Congreso «*Le ferite della Storia e il diritto riparatore*», organizado el 21.1.2011 en la *Università degli Studi di Roma Tre*, pp. 5 y ss. Accesible en versión provisional en la web: <https://www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni/21-1-2011-le-ferite-della-storia-e-il-diritto-riparatore>; A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*, p. XVIII; M. J. BAZYLER, «Holocaust denial laws and other legislation criminalizing promotion of Nazism» [en línea], *Institute Yad Vashem*, 2006. Texto accesible en: <http://www1.yadvashem.org/yv/en/holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>; y S. SUTEU, *Law against negation: Anti-Holocaust denial legislation in Europe*, LL.M Short Thesis, *Central European University*. Accesible en: http://www.etd.ceu.hu/2008/suteu_silvia.pdf.

⁴³² Para la elaboración de este estudio comparado sobre la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea se ha utilizado información interna de la Comisión Europea, pero que no compromete la posición de la misma. Se trata de documentos elaborados por los Gobiernos nacionales en el marco de la obligación impuesta a los Estados miembros por el art. 10.2 de la Decisión marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008, el cual prescribe que a más tardar el 28 de noviembre de 2010 (fecha de finalización del plazo de trasposición de la Decisión) deberían informar a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión del texto de las disposiciones por las que se incorporan a sus respectivos Derechos nacionales las obligaciones impuestas por la Decisión marco. Para acceder a tales documentos se ha tenido que requerir expresamente a la Comisión Europea para que los facilitara a los efectos de poder realizar la presente investigación y es por ello que no cuentan con referencias específicas para poder identificarlos públicamente. En concreto, la Comisión, con fecha 9 de julio de 2012, facilitó la información aportada por Austria, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, España, Suecia y Reino Unido. En julio de 2013 aportó la información de Bélgica. No han cumplido con tal obligación a fecha de noviembre de 2013: Grecia y Estonia. De esta manera, cuando en este

un orden de exposición geográfico, agrupando países por áreas, ya que, como se verá, en buena medida según la zona geográfica se mantienen modelos con trazas similares.

Se comenzará con un estudio de los Estados miembros de la Unión Europea y, de entre los mismos, se empezará con aquellos que han sido pioneros en este tipo de legislación: por un lado, Alemania y Austria, y, por otro, Francia. A partir de ellos han sido muchos otros los que se han sumado a esta política-criminal, unos por iniciativa propia y otros después del estímulo dado por la Decisión marco europea. Fuera de las fronteras europeas serán estudiados también países con vivencias cercanas al Holocausto, como Israel y Suiza, y, en último lugar, aunque no cuentan con un delito de este género, se planteará esta problemática en Canadá y Estados Unidos para poder también analizar dos países caracterizados, con sus respectivos matices, por modelos constitucionales particularmente abiertos que contrastan con la orientación constitucional que impulsa esta política-criminal⁴³³.

apartado se refiera a la posición de un Gobierno nacional debe entenderse que la misma ha sido extraída de tales documentos.

⁴³³ Como adelanto a lo que será estudiado a continuación, quisiera recopilar ahora únicamente los países que se han sumado a esta política-criminal: Bélgica en 1995 incorporó el delito de negacionismo y justificación del genocidio nazi; España en 1995 incluyó por primera vez el delito de negacionismo de cualquier genocidio; también en 1995 Suiza incluía el delito de negacionismo; Portugal, que en 1995 recogió el delito de discriminación e incluyó las expresiones negacionistas; Luxemburgo en 1997 reformó su Código penal para castigar conductas de negacionismo y justificación de crímenes de guerra; y Polonia en 1998 con la aprobación de la Ley para el Instituto de la Memoria Nacional que recogía un delito de negacionismo. Posteriormente han incluido este delito, Chipre en 2004, en ratificación del protocolo adicional de la Convención sobre el Cibercrimen; Malta, en 2009 en aplicación de la Decisión marco; República Checa en 2005-2011, incriminando sólo el negacionismo de crímenes nazis y comunistas de la II Guerra Mundial; República Eslovaca, en 2011 ha reformado el Código penal para castigar la negación de crímenes nazis o comunistas o cualquier otro similar; Hungría en 2010 recogía la sanción del negacionismo de crímenes cometidos por los comunistas y nacionalsocialistas; la República Eslovena en 2008, sanciona el negacionismo de cualquier crimen de guerra o contra la humanidad; Letonia en 2009 reformó su legislación penal para castigar el negacionismo de crímenes contra la humanidad, contra la paz o de guerra; Lituania en 2010 castigó la aprobación o negación de crímenes internacionales y de los crímenes cometidos por la URSS o la Alemania nazi; Rumanía en 2002, castiga la negación del Holocausto y de otros crímenes contra la humanidad; y Bulgaria en 2011 ha incluido también el delito de negacionismo. Lógicamente Israel fue el primer país que ya en 1986 aprobó la «*Denial of Holocaust (prohibition) Law*». Actualmente siguen sin un delito específico anti-negacionista Grecia, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Suecia, Finlandia y Estonia. Recientemente Perú estaría planteando la incorporación de un delito de «negacionismo de los delitos de terrorismo». Sobre este último *cfr.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 14 y el comentario de HUMAN RIGHTS WATCH a la propuesta legislativa, «Perú debe archivar proyecto sobre “negacionismo” del terrorismo», en: <http://www.hrw.org/es/news/2013/04/09/peru-debe-archivar-proyecto-sobre-negacionismo-del-terrorismo>.

1. La legislación anti-negacionista en los Estados miembros de la Unión Europea

1.1. Estados pioneros en la lucha anti-negacionista: El modelo germánico (Alemania y Austria) y el modelo francés

1.1.1. Alemania

A. La dignidad humana como valor supremo del ordenamiento constitucional alemán y el castigo de las expresiones negacionistas

Alemania se reconstituye consciente de su experiencia pasada y es por ello que, por encima de cualquier otro valor, su Ley Fundamental consagra la dignidad de la persona (art. 1), en conexión con el libre desarrollo de la personalidad (art. 2), como valores supremos del ordenamiento. Unos valores que suponen, según la Constitución alemana, un reducto intangible que actúa como premisa fundante del resto de derechos y libertades⁴³⁴. Ciertamente que la Ley Fundamental también reconoce la libertad de expresión como una de las libertades fundamentales (art. 5), y su importancia para el orden democrático resulta igualmente indiscutible; pero se admite que ésta pueda asumir importantes límites en aras de la protección de aquellos otros valores fundamentales. En particular, el art. 18 de la Ley Fundamental establece la pérdida de la protección garantizada a los derechos fundamentales para quienes abusan de la libertad de expresión, así como de otras libertades, intentando valerse de las mismas para combatir el ordenamiento fundamental democrático y liberal. Así las cosas, la experiencia de la degeneración de la República de Weimar y su asalto por el régimen nacionalsocialista llevan a que el modelo constitucional justifique un adelanto en la lucha contra ideologías que pueden terminar contaminando el sistema. No se está dispuesto a que la historia se repita y, por ello, se acuña el concepto de «democracia militante»

⁴³⁴ En palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán la dignidad humana debe ser entendida como el «valor jurídico más alto» (*cfr. BVerfGE* 45, 187, §. 227). P. HÄBERLE reconoce, al comentar la Ley fundamental como ordenamiento de valores, que «[l]a dignità umana costituisce la “premesse culturale-antropologica dello stato costituzionale”, la democrazia liberale ne è la conseguenza» («Germania», E. PALICI DI SUNTI PRAT *et al.* (dir), *Le Costituzioni dei paesi dell’Unione Europea*, 2ª ed, CEDAM, Padua, 2001, p. 323).

(*streibare Demokratie*)⁴³⁵, la demoracia debe defenderse frente a sus enemigos, de manera que no cabe libertad para los enemigos de la libertad⁴³⁶.

Es en este marco en el que surge entonces en Alemania una legislación muy severa contra el nacionalsocialismo y, en general, contra cualquier movimiento o actividad que pretenda desarrollar o suponga un cultivo de ideologías contrarias a los valores esenciales de la democracia⁴³⁷. Un ámbito donde se encuadra también la legislación anti-negacionista, la cual, por un lado, pretende prevenir frente a lo que se considera como una forma de expresión de este tipo de ideologías filo-nazis, pero, además, en el particular caso de Alemania, supone también un reconocimiento último, una señal de protección a la comunidad judía para la que el Holocausto nazi es un signo de identidad. Esta legislación anti-negacionista será además la que en buena medida servirá de modelo para la Decisión Marco europea⁴³⁸.

B. Los orígenes de la lucha anti-negacionista: primeros tipos penales y su interpretación jurisprudencial

Hasta 1994 la legislación alemana no contaba con un tipo penal específico que sancionara las expresiones negacionistas, aunque las conductas más relevantes de este género podían ser perseguidas y castigadas dentro de tipos generales del ordenamiento penal⁴³⁹. De esta manera, a los efectos de poder

⁴³⁵ N. G. FOSTER Y S. SULE, *German Legal System...*, *op. cit.*, p. 203, a la hora de calificar el ordenamiento constitucional alemán prefieren la expresión «democracia protegida» [*defensive democracy*], más que «democracia militante» [*militant democracy*].

⁴³⁶ Como expresa P. HÄBERLE: «Nel 1949 la Legge Fondamentale ha deciso, oltre che per una “democrazia dei partiti” (art. 21), per una democrazia c.d. “conflittuale” o “protetta” (cfr. gli artt. 9 II comma, 18, 21 II comma e la decisione *KPD-Verbot*, in *BVerfGE* 5, 85). Si volle evitare la fine della Repubblica di Weimar e non lasciare spazio al “nemico della libertà”, agli oppositori della società aperta» («Germania», *op. cit.*, p. 324).

⁴³⁷ En esta primera legislación contra el nacionalsocialismo puede encontrarse la Ley Regional de Baviera nº 14 de 13 de marzo de 1946 «contra la obsesión racial y el odio étnico» (*Rassenwahn und Völkerhass*), que venía a castigar manifestaciones o actos de obsesión racial que inquietaran a la población de forma que se pusiera en peligro el orden público y la seguridad pública. En el año 1950 se presentó en el *Bundestag* una propuesta de «Ley contra los enemigos de la democracia», de 15 de febrero, y también hubo un proyecto análogo de ley del Gobierno federal de 4 de septiembre del mismo año. A este respecto, *vid.* J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, 252.

⁴³⁸ Así lo reconocía la propia Comisión Europea en la exposición de motivos de la propuesta de Decisión marco, como se ha visto *supra*, Cap. 3, epígrafe 2.1.2.

⁴³⁹ Estos delitos se cifraban en: Injuria y difamación contra personas individuales, colectividades organizadas o categorías de personas no organizadas (art. 185 StGB (*Beleidigung*) y art. 186 StGB (*Verleumdung*)); vilipendio de la memoria de los difuntos (art. 189 StGB (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*)); instigación/incitación a la población (art. 130 (*Volksverhetzung*)); o,

concretar la aplicación de unos delitos u otros (y en particular del delito de «incitación a la población»), jurisprudencia y doctrina acuñaron una importante diferenciación entre dos tipos de discursos negacionistas del Holocausto: la «mentira de Auschwitz simple» y la «mentira de Auschwitz cualificada». Se entendían por «cualificadas» las expresiones negacionistas cuando, además de la mera negación o cuestionamiento del Holocausto nazi, suponían también una identificación con el régimen nacionalsocialista y su ideología o cuando se incluían valoraciones o manifestaciones por las cuales se degradaba a las personas o se les negaba incluso su derecho a la vida. En estos casos la jurisprudencia asumía que, más allá de la afectación genérica a derechos de la personalidad como el honor, se estaba atacando al núcleo profundo de la persona. En los casos de «negacionismo cualificado» podía entenderse que se daba un ataque a la dignidad humana que justificaba la aplicación del delito de «incitación a la población»⁴⁴⁰. Mientras que la

incluso, la apología del delito (art. 140 StGB (*Billigung von Straftaten*)). También se dieron otras respuestas fuera de la penal, como acciones civiles por difamación y resarcimiento de daños morales y de ámbito administrativo relacionadas con la seguridad pública y la libertad de reunión y asociación.

Para una descripción minuciosa de la legislación penal sobre discriminación racial y xenofobia alemana, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994», *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, vol. XLIX, fasc. II, 1996, pp. 529-589. De manera sintética, sobre la legislación anti-negacionista alemana, *vid.* L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*; J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio», *Parlamento y Constitución: Anuario*, n. 11, 2008, pp. 51-54; E. FRONZA, «Profili penalistici del negazionismo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 1051-1056; V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, pp. 873-875; y C. M. CASCIONE, «Negazionismo e libertà di espressione...», *op. cit.*, pp. 12-14. Para un interesante acercamiento a la jurisprudencia alemana anterior a 1987 y a las reformas legislativas de tales años, *vid.* E. STEIN, «History against free speech: The new german law against the Auschwitz –and other- “lies”», *Michigan Law Review*, vol. 85, n. 2, 1986, pp. 277-324. Para un análisis comparativo, contrastando particularmente la jurisprudencia estadounidense y con referencias a Alemania, *vid.* M. ROSENFELD, «Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis», *Working Paper Series*, Cardozo Law School [base de datos en línea], n. 41, 2001, 63 pp. y T. J. WEBB, «Verbal poison-criminalizing hate speech: a comparative analysis and a proposal for the American system», *Washburn*, vol. 50, 2011, pp. 445-482. Y, en general sobre el *hate speech* en el Derecho constitucional alemán, con consideraciones en concreto sobre el negacionismo como una tipología de este discurso, *cfr.* W. BRUGGER, «The treatment of hate speech in German Constitutional Law», *German Law Journal*, vol. 4, n. 1, 2003. Accesible en: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF_Vol_04_No_01_01-44_Public_Brugger.pdf.

⁴⁴⁰ Este delito, introducido por la 6. StÄG de 30 de junio de 1960, tenía el siguiente tenor: «**Párrafo 130 [incitación a la población]:**

Aquel que ataque la dignidad humana de otro de forma adecuada para perturbar la paz pública:

- 1. Incitando al odio contra parte de la población,*
- 2. Exigiendo medidas violentas o arbitrarias contra éste o*
- 3. Insultándola, menospreciándola maliciosamente o calumniándola,*

«simple» negación, es decir, cuando no se incluían esos otros elementos valorativos o de cualificación más allá de la negación o puesta en duda de los hechos del Holocausto, generalmente la misma venía sancionada como una injuria⁴⁴¹ (o, en otras ocasiones, por el delito de vilipendio a la memoria de los difuntos). El problema del delito de injuria era que requería de denuncia privada por el ofendido.

Ello no significa, no obstante, que en estos años anteriores a 1994 no hubiera intentos que, con variada fortuna, postularon a favor del específico castigo de los discursos negacionistas. En concreto, en los años ochenta Alemania se propuso hacer frente a la proliferación de grupos neonazis que estaban llevando a cabo actividades propagandísticas por medio de la negación y la banalización del nazismo. Se sucedieron entonces varios proyectos de ley para la reforma del Código penal y en particular para incriminar la «mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*), que buscaron dar respuesta a través de un tipo penal concreto a la negación simple del Holocausto⁴⁴². Finalmente, tras un proceso legislativo calificado de «confuso», «sorpresivo» y «emocional»⁴⁴³, estos intentos de reforma no lograron incluir este tipo específico y ésta quedó reducida a ciertas mejoras

será castigado con prisión no inferior a tres meses. Además puede condenarse a multa.» (sic) (Traducción tomada de J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, p. 541).

De esta manera se pueden identificar tres requisitos típicos comunes a estas conductas de «incitación a la población»: 1) Ataque a la dignidad humana de otro; 2) idóneo para perturbar la paz pública (aunque era considerado como un delito de peligro abstracto por lo que se valoraba únicamente la adecuación para perturbar la de conducta pero no el peligro en concreto creado); 3) Que el ataque se dirigiera contra una «parte de la población». El bien jurídico cuya protección se pretendía, en primera instancia y según la doctrina mayoritaria, la «paz pública». Para una descripción completa de estos delitos, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, p. 541). También se recogen algunos ejemplos de manifestaciones que fueron consideradas como «incitación a la población» por la jurisprudencia en J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 253.

⁴⁴¹ En concreto, más allá de la respuesta penal, la sección civil del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) había afirmado que «las personas de origen judío tienen en virtud del derecho de la propia personalidad [«*Persönlichkeitsrecht*»] la pretensión legítima de que se les reconozca la persecución sufrida por los judíos bajo el nacionalsocialismo. Quien niega el genocidio de los judíos en el Tercer Reich, difama a cada uno de ellos» (*BGHZ* 75, 160. *Cfr.* J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 254). También puede verse la sentencia de la 6ª sala civil del *BGH* de 18 de septiembre de 1978 (*cf.* 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, p. 695).

⁴⁴² Sobre los trabajos legislativos y el desarrollo de este tipo penal, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, pp. 548 y ss.

⁴⁴³ Así lo califica J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, p. 559, siguiendo la calificación dada por diversos autores alemanes.

procesales sobre la legislación existente⁴⁴⁴. Lo que sí que fue quedando asentado por la jurisprudencia, particularmente en el orden civil, fue que la negación de un hecho histórico notorio como el Holocausto no iba a quedar protegida por la libertad de expresión y, en el ámbito procesal, los tribunales alemanes no admitían prueba contra tales hechos por ser comúnmente reconocidos como verdaderos⁴⁴⁵. De manera que las manifestaciones de negacionismo, aunque fuera simple, no iban a quedar amparadas y, en la mayoría de los casos, podían ser entendidas como difamatorias. El reconocimiento de la «culpa alemana» por el exterminio judío era asumido por los tribunales alemanes como «una condición fundamental para la vida de los judíos en la República federal»⁴⁴⁶.

C. *El caso Deckert y la Ley de lucha contra la criminalidad alemana (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994*

En 1994 se produjo una importante reforma penal con la Ley de lucha contra la criminalidad alemana (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994, que pretendió reforzar la respuesta jurídica frente al incremento de las actividades violentas y de propaganda de gupos neonazis. Esta Ley fue la que, además, incluyera la modificación del delito de «incitación a la población» para introducir definitivamente en el ordenamiento alemán un tipo específico que vino a incriminar la «mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*).

Este proyecto de Ley fue discutido y aprobado en mitad de una notable polémica entorno a la incriminación del negacionismo que había sido suscitada por el caso Deckert⁴⁴⁷. Günter DECKERT era un dirigente del partido de extrema derecha NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschland*) que había sido condenado penalmente por una conferencia con el «ingeniero» LEUCHTER⁴⁴⁸ en la que

⁴⁴⁴ En particular, se excepcionó la exigencia de querrela por el ofendido en el delito de injurias bajo ciertas condiciones, permitiendo así actuaciones de oficio para los casos de expresiones públicas de «negacionismo simple».

⁴⁴⁵ Como se ha visto al estudiar las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos (*infra*, Cap. 3, epígrafe 3.2.2), algunos de los recursos planteados y finalmente rechazados por condenas en Alemania a expresiones negacionistas planteaban una quiebra del art. 6 del Convenio por no haberse respetado el debido proceso al haber denegado los tribunales nacionales practicar prueba para tratar de demostrar la veracidad de las afirmaciones negacionistas. Para un análisis de los principales casos en la jurisprudencia alemana, vista a través del dilema planteado por la prueba de los hechos del Holocausto, *cfr.* R. A. KHAN, *Holocaust denial and the law...*, *op. cit.*, pp. 65-83.

⁴⁴⁶ BGHZ 75, 160 (*cfr.* J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 254).

⁴⁴⁷ En este sentido, LANDA GOROSTIZA refiere el «caso Deckert» como el «desencadenante» de la reforma legislativa («La regulación penal alemana...», *op. cit.*, p. 576).

⁴⁴⁸ Sobre el ingeniero LEUCHTER, *vid. infra* Cap. 2, epígrafe 2.2.

presentaron el informe de éste donde se negaba «científicamente» el exterminio de seis millones de judíos en los campos de concentración nazis⁴⁴⁹. La condena por el *Landgericht*⁴⁵⁰ de Mannheim el 13 de noviembre de 1992 se produjo sobre la base del delito de «incitación a la población» (§130), en concurso con los delitos de provocación al odio racial (§131) y de injurias (§§186 y 189). La polémica se suscitó cuando el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) casó la sentencia al considerar que la simple negación del Holocausto podía ser constitutiva de delito de injurias pero no de provocación al odio racial y, en consecuencia, remitió el asunto de nuevo al *Landgericht* de Mannheim para que volviera a dictar sentencia⁴⁵¹. Sería esta segunda sentencia del *Landgericht* de Mannheim⁴⁵² la que hiciera explotar el escándalo público porque, aunque confirmaba la condena al señor DECKERT, sin embargo, en la valoración de la pena a imponer, vino a reconocer como factores atenuatorios elementos como el que hubiera actuado conforme a su convicción personal, sin ánimo de lucro y convencido de su verdad⁴⁵³.

En este escenario la respuesta legislativa frente al negacionismo se concretó entonces en la aprobación, como decía, de una reforma del delito de «incitación a la población» (§§ 130 y 131), y específicamente con la inclusión de un apartado 3º cuyo texto era: «(3) *Será castigado con pena privativa de libertad hasta de cinco años o con multa aquel que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una acción de las de la clase de las señaladas en el párrafo 220.a, párrafo 1, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública*»⁴⁵⁴. Se incriminaban las conductas de «negar», «aprobar»

⁴⁴⁹ La conferencia iba siendo traducida simultáneamente al alemán por el Sr. DECKERT y a lo largo de la misma y de los debates se empleaban términos como «mentira de las cámaras de gas», el «mito de las cámaras de gas» o, por ejemplo, el Sr. DECKERT usó la expresión «Holo» para referirse al Holocausto irónicamente. Para más referencias sobre este proceso *cfr.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 693 y ss.

⁴⁵⁰ *Mutatis mutandi*, el *Landgericht* sería un órgano jurisdiccional equivalente Audiencia Provincial española o la *Corte d'Appello* italiana.

⁴⁵¹ Sentencia de 15 de marzo de 1994.

⁴⁵² Sentencia de 22 de junio de 1994.

⁴⁵³ Esta sentencia fue revocada nuevamente por el *Bundesgerichtshof* en sentencia de 15 de diciembre de 1994. Una descripción detallada de las mismas se puede encontrar en J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 694. Nota a pie nº14.

⁴⁵⁴ El texto completo del complejo **parágrafo 130**, sería:

(1) *Aquel que de forma adecuada para perturbar la paz pública,*

1. *Incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta o,*

2. *Ataca la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.*

o «banalizar», lo que en principio incluiría conductas de negación radical, pero también justificadoras o incluso de negación parcial, minimización cualitativa o cuantitativa, o trivialización, que debían ir referidas a actuaciones «de las de la clase» del delito de genocidio referido en el párrafo 220a, pero realizadas bajo el régimen nacionalsocialista alemán. No se requería, sin embargo, que los crímenes negados hubieran sido previamente establecidos por la decisión de un tribunal. Para ser sancionadas estas conductas se exigía que vinieran realizadas de manera pública (o en una reunión) y de forma «adecuada para turbar la paz pública». Se abandonaba la necesidad de afectación a la dignidad humana que era recogido en el originario delito de «incitación a la población» y se imponía así este requisito de idoneidad de la conducta al exigirse que resultara «adecuada» para perturbar la paz pública. De esta manera, el delito quedaría configurado como de peligro abstracto según la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aunque se discute si pudiera tratarse de una forma de peligrosidad potencial⁴⁵⁵. La finalidad

(2) *Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 3 años o con multa aquél que,*

1.a) *Difunda escritos (párrafo 11, párrafo 3), que inciten al odio contra parte de la población o contra un grupo nacional, racial, religioso o étnico (177), que exijan medidas violentas o arbitrarias contra ellos o que ataquen la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población o a uno de los grupos precitados,*

b) *De forma pública exponga dichos escritos, los fije-pegue, exhiba-proyecte o los haga accesibles de otra forma.*

c) *Los ofrezca, entregue o haga accesibles a una persona menor de dieciocho años o*

d) *Los produzca, compre, suministre, tenga en depósito, ofrezca, anuncie, ensalce, importe o exporte (y su tentativa) (178), con el fin de utilizar tales escritos o copias de los mismos en el sentido de las letras a) a la ce) o de facilitar a otro una tal utilización, o*

2. *Difunda un programa a través de la radio cuyo contenido sea de los descritos en el núm. 1 (179).*

(3) *Será castigado con pena privativa de libertad hasta de cinco años o con multa aquel que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una acción de las de la clase de las señaladas en el párrafo 220a, párrafo 1, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública.*

(4) *El párrafo 2 se aplicará también a escritos (párrafo 11, párrafo 3), cuyo contenido sea el descrito en el párrafo 3.*

En los supuestos del párrafo 2, también en relación al párrafo 4, y en los supuestos del párrafo 3 se aplicará el párrafo 86, párrafo 3 (180)» (sic) (Traducción tomada de J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», op. cit., p. 569).

⁴⁵⁵ El *Bundesgerichtshof* en sentencia de 12 de diciembre de 2000, calificó el delito de «peligro abstracto». El Gobierno alemán explica a este respecto que para que la expresión sea constitutiva de delito no es necesario que efectivamente perturbe la paz pública o la ponga en peligro concreto, sino que es suficiente con que el acto sea idóneo [*likely to*] para causar la perturbación. Ello puede también llevar a interpretarlo como un delito de peligro abstracto-concreto o potencial (así, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 38, especialmente Nota a pie 108). Con carácter general sobre el debate en la doctrina alemana, cfr. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», op. cit., pp. 577 y ss. Y para una descripción concreta, vid. J. LUTHER, «El antinegacionismo...», op. cit., pp. 257 y ss.; J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», op. cit., p. 1053.

de la medida punitiva sería evitar el «envenenamiento del clima político», anticipando así la tutela de bienes jurídicos tales como la «paz pública» o la «dignidad humana»⁴⁵⁶. La pena es de hasta 5 años de prisión o multa. El párrafo 5º recogía también una interesante cláusula de adecuación social, con la referencia a la aplicabilidad del parágrafo 86-III a las conductas de provocación. Esta cláusula vendría a dejar fuera del ámbito de punibilidad aquellas conductas que fueran dirigidas a la «*instrucción ciudadana, a la defensa frente a aspiraciones anticonstitucionales, o realizadas en el contexto del mundo del arte, de la ciencia, de la investigación o de la enseñanza, de la información de acontecimientos de actualidad o históricos con fines similares*»⁴⁵⁷. Con ello se busca excluir expresamente del ámbito típico ciertas conductas que socialmente puede entenderse que no tendrían la finalidad de «agitación» que persigue castigar este tipo de delitos, si bien tampoco debe entenderse como una garantía absoluta.

Más allá de la lectura que se puede deducir del tenor literal del precepto, el mismo ha suscitado notables críticas en la doctrina sobre su alcance e interpretación⁴⁵⁸ y queda abierta la cuestión de en qué medida el Legislador alemán ha logrado por esta vía incriminar todas las formas de negacionismo, sean expresiones de negacionismo cualificado como de negacionismo simple, o si se mantienen todavía espacios de impunidad con respecto a este tipo de conductas. Baste pensar que, pese a que ya se cuente con esta figura específica, lo cierto es que para su sanción se exige, aunque no la afectación a la «dignidad humana», sí

⁴⁵⁶ A este respecto, la doctrina alemana discute sobre si el bien jurídico sería en exclusiva la «paz pública» o si, aún asumiendo ésta como el bien jurídico principal, junto con la misma se tutelaría también la «dignidad humana». Lo que además ha suscitado notables críticas entre la doctrina ha sido la asunción por el legislador del «envenenamiento del clima político» como título legitimador para la incriminación de estas conductas. Sobre esta cuestión, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 145-146. Por su parte, véase también el trabajo de WANDRES *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, el cual asume como objeto central analizar el significado de la paz pública como bien jurídico, rechaza una dimensión subjetiva de la paz pública (como sentimiento de seguridad de la opinión pública), y afirma una consideración de la paz pública desde una dimensión objetiva (situación de estabilidad). Rechaza tal concepción subjetiva porque considera que la misma obligaría al juez a tener que atender a la psicología social, tendría que determinar éste los efectos emotivos que puede tener sobre una población ciertas expresiones. Un comentario a este trabajo se encuentra en 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.

El Gobierno alemán, por su parte, señala que el concepto es coincidente con el que mantiene la Decisión Marco 2008/1913/JHA de «orden público» (art. 1.2).

⁴⁵⁷ J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 147

⁴⁵⁸ Para un acercamiento más detallado a las discusiones referidas, como se ha referenciado anteriormente, *vid.* en particular J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, pp.143 y ss.

una capacidad de perturbación de la paz pública⁴⁵⁹; juicio a través del cual, salvo que se entienda como una presunción *iuris et de iure* de ofensividad por la mera conducta negacionista, puede dejar fuera de sanción a la mayoría de las expresiones negacionistas (siguiendo en cualquier caso abiertas otras posibilidades de actuación penal como la injuria). La cuestión que queda abierta, es sí, en definitiva, este delito cambia sustantivamente el marco punitivo o sí, por el contrario, termina siendo una simple medida político-simbólica⁴⁶⁰.

D. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) de 13 de abril de 1994 y otra jurisprudencia posterior

La incorporación del delito de la «mentira de Auschwitz» venía ya avalada por el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que en su sentencia de 13 de abril de 1994⁴⁶¹ había concluido que la negación del exterminio judío por los nazis no estaba amparada por la libertad de expresión. No obstante lo cual, tal conclusión no priva de sentido a la crítica doctrinal planteada a la incriminación de las expresiones de negacionismo simple; ya que, una cosa es que se considere que tales expresiones no están amparadas constitucionalmente por la garantía de la libertad de opinión, y otra que sea adecuada su sanción penal, puesto que los límites a la potestad punitiva del Estado van más allá de las consideraciones y garantías propias de tal libertad⁴⁶².

⁴⁵⁹ Sobre esta cláusula se muestra muy crítica FRONZA, quien advierte que el juicio de idoneidad «che aparentemente sembrerebbe delimitare l'area della punibilità, in realtà viene svuotato dalla previsione del turbamento della pace pubblica. Inserendo questa clausola di pericolo il legislatore tedesco non sembra infatti allontanare il rischio di incriminazione delle opinioni» («Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 40; en sentido similar, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 34).

⁴⁶⁰ Sirva como ejemplo la postura de WANDRES que sostiene que el legislador alemán no habría conseguido su propósito de incriminar el negacionismo simple, el cual debería a juicio del autor seguir siendo considerado impune como regla general tanto desde la perspectiva del delito de injurias como del de la incitación al odio racial (o de la incitación a la población) (*cf.* B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a Die...», *op. cit.*, p.1189).

⁴⁶¹ *BVerfGE* 90, 241-255. Una traducción y comentario a esta sentencia en italiano en: M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe», *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, Noviembre-Diciembre 1994, pp. 3390-3400. Para un comentario de la misma, *vid.* J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, pp. 271 y ss.; E. FRONZA, «Profili penalistici...», *op. cit.*, pp.1054-1056; ÍD., «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, pp.39-42 y ÍD., *Il negazionismo come reato, op. cit.*, pp. 90 y ss.

⁴⁶² El propio Tribunal se hace eco de esta polémica y de las críticas de la principal doctrina penalista a la sanción penal que se venía haciendo del negacionismo simple a través del delito de injurias. Sin embargo concluye que «il tribunale costituzionale federale non verifica se una interpretazione del codice penale sia l'unica a potersi ritenere corretta o se siano sostenibili anche altre opinioni. Per il giudizio di costituzionalità è invece determinante solo che tale interpretazione

El Tribunal Constitucional Federal en esta sentencia declaraba manifiestamente infundado un recurso presentado contra una decisión del ayuntamiento de Mónaco, confirmada por los jueces administrativos, en la que se ordenaba a los organizadores de un acto público con David IRVING que al comenzar la reunión informasen sobre los delitos de difamación y de instigación a la población y, llegado el caso, quitasen inmediatamente la palabra y disolviesen la reunión si se realizaban manifestaciones que pudieran incurrir en los mismos.

En su sentencia el Tribunal partió de la distinción entre la diversa protección constitucional que merecen las opiniones y las afirmaciones de hechos. Según el Tribunal el art. 5 LF tutela las opiniones y lo hace sustrayendo las mismas del juicio de veracidad: «[Las opiniones] disfrutan de protección como derecho fundamental sin que la tutela dependa de la circunstancia de que la manifestación del pensamiento sea fundada o privada de fundamento, emotiva o racional, que sea considerada válida o sin valor, peligrosa o inocua»⁴⁶³. Por su parte «[l]a afirmación de un hecho en sentido estricto no constituye sin embargo manifestación de una opinión»⁴⁶⁴. Ahora bien, ello no quiere decir que no estén protegidas, sino que las afirmaciones de hechos quedan tuteladas en la medida en la que constituyen un presupuesto para la formación de aquellas opiniones que sí que vienen protegidas por el art. 5 LF. Por tanto, «la tutela de las afirmaciones de un hecho termina sólo en el momento en el que la misma no puede contribuir a la formación de opiniones puesta como fundamento de la garantía constitucional. Desde este punto de vista una información imprecisa no constituye un bien digno de tutela»⁴⁶⁵. Así que cuando un hecho es ciertamente o demostradamente falso, no es objeto de tutela por la libertad de opinión. Cuestión distinta será cómo delimitar cuándo nos encontramos con una opinión y cuándo con la afirmación de un hecho, algo en ocasiones difícil como el propio Tribunal reconoce.

comporti il disconoscimento di diritti fondamentali. E non è questo il caso» (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3388).

⁴⁶³ [[le opinioni] godono di protezione come diritto fondamentale senza che la tutela dipenda dalla circostanza che la manifestazione di pensiero sia fondata o priva di fondamento, emotiva o razionale, che sia reputata valida o priva di valore, pericolosa o innocua] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3384 –nota de traducción: a los efectos de facilitar la lectura del texto principal en este caso se ha optado por traducir del italiano el texto de la sentencia citado-).

⁴⁶⁴ [L’asserzione di un fatto in senso stretto non costituisce invece manifestazione di opinione] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3384).

⁴⁶⁵ [...la tutela dell’asserzione di un fatto finisce solo nel momento in cui essa non può contribuire alla formazione di opinioni posta a fondamento della garanzia costituzionale. Da questo punto di vista una informazione imprecisa non costituisce un bene meritevole di tutela] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3384).

Por otro lado, tal y como advierte el Tribunal, la libertad de opinión tampoco es que venga tutelada sin reservas, sino que asume límites que derivan tanto de las leyes generales como de las disposiciones legislativas dirigidas a la protección de la juventud y del honor personal. Y en caso de conflictos el Tribunal ha ido elaborando distintos criterios: así, «en cuanto a las manifestaciones de opiniones que se encuentran en conexión con afirmaciones de hechos, el que sean meritorias de tutela puede depender de la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos que sirven de fundamento para las mismas. Si estos se demuestran falsos, como regla la libertad de opinión resulta pospuesta a la tutela del derecho de la personalidad»⁴⁶⁶.

Sobre estos parámetros el Tribunal afrontaba entonces las manifestaciones en las que se negaba o se cuestionaba la persecución y exterminio de los judíos en el III Reich. A este respecto, consideraba el Tribunal que «la expresión prohibida, que los judíos no han sido perseguidos en el III Reich, constituye la afirmación de un hecho demostrado falso por innumerables narraciones de testimonios oculares y por documentos, verificados judicialmente en numerosos procesos penales y por los conocimientos de la ciencia histórica. Una afirmación con tal contenido, en sí considerada, no disfruta de la tutela de la libertad de expresión»⁴⁶⁷. Ello es distinto, sin embargo, de «[l]as afirmaciones sobre la culpa y responsabilidad por eventos históricos», las cuales «constituyen siempre juicios complejos, que no se pueden reducir a afirmaciones de un hecho, mientras que la negación del mismo evento tendrá generalmente el carácter de afirmación de un hecho»⁴⁶⁸.

Además, en la valoración concreta, el Tribunal asumía la visión dada por los tribunales ordinarios, según la cual «los judíos que viven en Alemania constituyen, a causa de la suerte que les tocó al pueblo judío bajo el dominio del nacionalsocialismo, un grupo susceptible de ofensa; la negación de la persecución

⁴⁶⁶ [Quanto alle manifestazioni di opinione che siano connesse con asserzioni di fatti, la meritevolezza della tutela può dipendere dalla veridicità delle affermazioni sui fatti posti a fondamento di esse. Se questi sono dimostrati falsi, di regola la libertà di opinione è parimenti posposta alla tutela del diritto della personalità] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, 3385).

⁴⁶⁷ [L'espressione proibita, che gli ebrei non siano mai stati perseguitati nel Terzo Reich, costituisce l'asserzione di un fatto dimostrato falso da innumerevoli narrazioni di testimoni oculari e da documenti, dagli accertamenti giudiziari di numerosi processi penali e dalle cognizioni della scienza storica. Un'affermazione di tale contenuto, in sé considerata, non gode della tutela della libertà di opinione] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3386).

⁴⁶⁸ [Le affermazioni su colpe e responsabilità per evento storici costituiscono sempre giudizi complessi, che non si possono ridurre a asserzioni di un fatto, mentre la negazione dello stesso evento avrà regolarmente il carattere di asserzione di un fatto] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3386).

de los judíos es considerada una injuria contra este grupo»⁴⁶⁹. Recordaba cómo el Tribunal Supremo había atribuido a los judíos que viven en Alemania una particular relación con sus conciudadanos que vivieron el exterminio, de manera que el respeto y «autocomprensión» hacia ellos es una garantía frente a que puedan repetirse otras discriminaciones y supone una «condición esencial para la vida en la República Federal»⁴⁷⁰. Y asumía el juicio también del Tribunal Supremo en cuya virtud entendía que la negación de las persecuciones de judíos supone una grave lesión de los derechos de la personalidad. Afirmaba que «no hay obstáculos de orden constitucional que puedan oponerse al nexo lógico establecido por la Corte federal de casación entre la negación del exterminio del pueblo judío, courrido en el III Reich por motivos raciales, y la violación de la exigencia de respeto y de la dignidad humana de los judíos que viven hoy»⁴⁷¹. Añadiendo que también por esta razón se diferencia el negacionismo del exterminio judío de la negación de la culpa alemana en la guerra, ya que esta última no dañaría ningún bien jurídico de terceros.

El Tribunal llegaba a maneter incluso que, aunque el legislador hubiera desestimado la incorporación de un delito que de manera específica incriminara el negacionismo, ello no es óbice para que pudieran ser castigadas tales expresiones conforme al tipo penal general de la injuria en la medida que resultan ofensivas a los derechos de la personalidad.

Posteriormente a esta sentencia el Tribunal Constitucional Federal ha seguido rechazando distintos recursos contra decisiones que venían a imponer mandatos o límites administrativos a reuniones donde se preveía, como en el caso anterior, la posibilidad de que se hicieran declaraciones negacionistas⁴⁷². En 2006 sí que fue estimado un recurso contra una resolución del Ayuntamiento de Lüneburg por la que se prohibía una reunión en la que se reivindicaba la derogación del art. 130 del StGB, al considerar el Tribunal que no había un peligro inminente de que se incurriera en los delitos de negacionismo. Haciendo un análisis global, LUTHER concluye que la jurisprudencia constitucional alemana

⁴⁶⁹ [...gli ebrei che vivono in Germania costituiscono, a causa della sorte che toccò al popolo ebreo sotto il dominio del nazionalsocialismo, un gruppo suscettibile di oltraggio; la negazione della persecuzione degli ebrei è ritenuta un'ingiuria arrecata a questo gruppo.] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3387).

⁴⁷⁰ [...una condizione essenziale per la loro vita nella Repubblica Federale.] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3388).

⁴⁷¹ [Non vi sono ostacoli di ordine costituzionale che possano opporsi al nesso logico stabilito dalla Corte federale di cassazione tra la negazione dello sterminio del popolo ebreo, avvenuto nel Terzo Reich per motivi razziali, e la violazione dell'esigenza di rispetto e dignità umana degli ebrei che vivono oggi] (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3388).

⁴⁷² Para una presentación de estas decisiones, *cfr.* J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, pp. 271 y ss.

estaría orientada hacia una «optimización de los instrumentos de prevención social», exigiendo una búsqueda de alternativas menos rígidas tanto de las leyes como de las expresiones objeto de incriminación y, en caso de duda, se le requiere al juez que realice una ponderación y contextualización atenta, incluso de tipo histórico, de los discursos enjuiciados⁴⁷³. Pero, sobre todo, con esta sentencia el Tribunal Constitucional Federal alemán parece superar la distinción entre negacionismo cualificado y simple: cualquier negación de la persecución nazi contra los judíos es susceptible de constituir una ofensa contra el pueblo judío digna de tutela y, en consecuencia, no amparada por la libertad de expresión.

E. La legislación anti-negacionista actual

Con entrada en vigor en marzo de 2011, el parlamento alemán aprobó la Ley de 16 de diciembre de 2010 de implementación de la Decisión marco 2008/913/JHA de 28 de noviembre de 2008 y el Protocolo Adicional de 28 de enero de 2003 del Consejo de Europa sobre cibercrimen (*Umsetzungsgesetz*)⁴⁷⁴, la cual ha venido a introducir mínimas reformas sobre el artículo 130 del Código penal alemán, aunque mantiene la regulación del delito de negacionismo del 130.3 StGB⁴⁷⁵. Tal y como informa el Gobierno alemán, la implementación de los delitos recogidos en los apartados c) y d) del artículo 1.1 de la Decisión marco se culminaría a través de la variedad de delitos ya presentados. En primer lugar, el Gobierno alemán considera que, con respecto al negacionismo del Holocausto, el párrafo 3 del artículo 130 vendría a incriminar conductas de «mero» negacionismo del Holocausto con independencia de que las mismas resultaran incitadoras a la violencia o al odio, aunque en todo caso sí que se requiere que resulten idóneas para alterar la paz pública. Asimismo, otras conductas de negación o justificación del genocidio, ya sea del nazi o del producido por otros regímenes tiránicos o despóticos, podrían ser sancionadas dentro del marco del delito de «incitación a la

⁴⁷³ J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 273.

⁴⁷⁴ También pueden resultar relevantes las últimas reformas a la Ley sobre ofensas de 19 de febrero de 1987 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), reformada por el art. 2 de la Ley de 29 de julio de 2009; y la modificación por el art. 6 de la Ley de 21 de diciembre de 2007 a la Ley de asociaciones (*Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts*).

⁴⁷⁵ **«Artículo 130.3 StGB:** *Aquel que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice un acto cometido bajo el régimen Nacional Socialista de las del tipo de las indicadas en el parágrafo 6(1) del Código de Derecho Penal Internacional, en forma idónea para perturbar la paz pública será castigado con pena de prisión de no más de cinco años o multa*» [*Whosoever publicly or in a meeting approves of, denies or downplays an act committed under the rule of National Socialism of the kind indicated in section 6 (1) of the Code of International Criminal Law, in a manner capable of disturbing the public peace shall be liable to imprisonment of not more than five years or a fine*].

población» del artículo 130.1 StGB, en aquellos casos que fueran idóneas para incitar a la violencia o al odio⁴⁷⁶. También vienen a cubrir un ámbito de punibilidad el delito del artículo 140.2 StGB, en conjunción con el artículo 126.1.2 StGB, por el que se sanciona la apología pública del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra (tanto genéricos como de los producidos bajo el régimen nacionalsocialista). Y, en último lugar, el Gobierno considera que también podrían resultar de aplicación cuando resultaran ofensivas los tipos penales de injurias (parágrafos 185 y 194.1 StGB) y de vilipendio de la memoria de los difuntos (parágrafos 189 y 194.2 StGB) en casos no sólo de negacionismo del Holocausto, sino también de otros regímenes totalitarios⁴⁷⁷. El art. 26 StGB, por su parte, vendría a cubrir la incriminación de las conductas de instigación a estos delitos, tal y como exige el art. 2.1 de la Decisión marco. Un panorama de amplio espectro que, a pesar de la persistente voluntad simbólica del legislador, sigue exigiendo una «cierta» cualificación ofensiva de las conductas negacionistas para justificar su castigo penal.

1.1.2. Austria

Austria, como ocurriera con Alemania, fuertemente conmocionada tras la II Guerra Mundial se dotó de una importante legislación para enfrentarse a la xenofobia y «desnazificar» el país. En este marco se pueden destacar entonces, por un lado, la Ley de prohibición del partido Nazi de 8 de mayo de 1945 (*Verfassungsgesetz*)⁴⁷⁸, con rango constitucional, y, por otro, el propio Código penal, con particular atención al artículo 283 (*Verhetzung*) que en 1974 introdujo un delito que vino a castigar la provocación a acciones hostiles contra

⁴⁷⁶ El Gobierno alemán señala que aunque el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) sólo se ha pronunciado aplicando expresamente este tipo a supuestos de negacionismo del Holocausto, pero cree que también sería aplicable a la negación de otros hechos históricos, por lo que tal precepto podría cubrir el ámbito punitivo previsto por el apartado c) del art. 1.1 de la Decisión marco. Del mismo modo, el Gobierno se refiere a conductas que fueran idóneas para «incitar al odio o a la violencia», identificando esto a la exigencia de afectación de la «dignidad humana» requerida por el precepto. El Gobierno ofrece aquí, a mi modo de entender, una interpretación bastante extensa de la aplicación del precepto, tanto en la extensión a otros hechos históricos como en la identificación de la afectación a la «dignidad humana» con el «discurso del odio», llevándola a términos excesivos visto el rigor con el que ha venido actuando la jurisprudencia y la consistente crítica doctrinal en aras de una aplicación restrictiva de este precepto.

⁴⁷⁷ Se recuerda, además, que tales conductas podían ser perseguidas incluso sin querrela de la parte ofendida si las injurias afectaban a un grupo de las personas perseguido por el régimen Nacional Socialista o por cualquier otro régimen tiránico e iban referidas a tal persecución.

⁴⁷⁸ En adelante, «Ley de prohibición».

determinados grupos, así como los insultos o menosprecios públicos con carácter provocador⁴⁷⁹.

Por lo que se refiere a la legislación anti-negacionista, en la reforma de 1992 de la Ley de prohibición se introdujo un nuevo precepto, el párrafo 3.h, que incriminó expresamente la «mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*), y que hoy día continúa siendo el principal instrumento de lucha contra este fenómeno en Austria. Antes de la aprobación de esta norma existía una consolidada jurisprudencia por la cual las expresiones de negacionismo que fueran referidas al régimen nacionalsocialista podían venir sancionadas por mor del apartado g) del párrafo 3, el cual consistía en una cláusula general de cierre por la que quedaban incriminadas todas las conductas realizadas «en sentido nacionalsocialista», para evitar lagunas de punibilidad frente a este tipo de actividades⁴⁸⁰.

El párrafo 3.h establece entonces: «Será también castigado de conformidad con el § 3g el que niegue, banalice gravemente, ensalce o intente justificar el genocidio nacionalsocialista u otros de los crímenes nazis contra la humanidad a través de un medio impreso, de la radio o en otro medio o públicamente de forma que sea accesible a un gran número de personas»⁴⁸¹. El arco de pena de este tipo de delitos es de prisión de uno a diez años, pudiendo llegarse a los veinte años en supuestos de especial peligrosidad sea del autor o de la actuación llevada a cabo⁴⁸².

⁴⁷⁹ De forma complementaria a los instrumentos penales, también se establecen disposiciones en el ámbito del Derecho administrativo. Por ejemplo, la «Ley de procedimiento administrativo» - EGVG (*Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*)- que recoge como infracción administrativa la difusión de ideología nacionalsocialista en el sentido de la Ley de prohibición, cuando no fuera punible penalmente.

⁴⁸⁰ Este precepto establece en concreto: «El que actúe en sentido nacionalsocialista de cualquier forma distinta a las referidas en los §§ 3a a 3f será castigado, siempre que el hecho no sea punible más gravemente conforme a otro precepto, con pena privativa de libertad de uno hasta diez años o hasta 20 años en los supuestos de especial peligrosidad del autor o de la actuación llevada a cabo» (Traducción tomada de J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p. 150).

⁴⁸¹ Traducción tomada de J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p.154. La traducción al inglés aportada por el Gobierno austriaco varía ligeramente, pero sin afectar a ninguno de los elementos de relevancia del precepto: «Whosoever working in a printing Works, on the radio or in any other media or in any other way publicly attempts to deny, grossly trivialise, approve or justify National Socialist genocide or other Nazi crimes against humanity is equally punishable under § 3g» (sic).

⁴⁸² Hasta la reforma de 1992 el límite inferior de la pena era de cinco años, sin embargo, el legislador, consciente de lo elevadísimo de las penas de este delito, lo cual hacía que en muchos casos directamente los tribunales (y el jurado –al tratarse de un delito del que conocía un jurado-) decidieran no aplicarlo, optó por rebajar entonces el límite inferior de la pena. Algo que ha permitido que en los últimos años se hayan multiplicado notablemente las condenas por este delito (158 condenas en el período 1999-2004). Una de las condenas recientes que más notoriedad ha

Como se ha visto, el objeto directo de las conductas típicas («negar», «banalizar/trivializar gravemente», «ensalzar»/«aprobar» o «justificar») debe ir referido en concreto al genocidio u otros crímenes nacionalsocialistas. Eso sí, debe afectar al núcleo esencial de tales hechos y no a meras cuestiones colaterales de los mismos. Ahora bien, a diferencia del parágrafo 3.g, no se incluye como elemento subjetivo adicional en el tipo que la actuación sea realizada «en sentido nacionalsocialista»; se deben negar estos delitos, pero no se exige que se haga por tales «motivos», algo que amplía notablemente el ámbito típico y abre el debate sobre si, en todo caso, se debe exigir un cierto «dolo cualificado» a la conducta para evitar que se restrinja en exceso la libertad de expresión y pudieran resultar incriminadas conductas realizadas con fines de investigación. Esta conducta debe cometerse además de forma o por medios accesibles a un «gran número de personas», por lo que tal exigencia de publicidad dejaría fuera del ámbito típico conductas realizadas en círculos privados o, incluso, conductas que siendo públicas se hagan ante pequeños grupos. Al ir referida a los genocidios y crímenes nazis, no es necesario de mayor determinación de los mismos por parte de tribunales nacionales o internacionales⁴⁸³.

No obstante, la posible sanción de las conductas negacionistas no queda reducida al delito del parágrafo 3.h de la Ley de prohibición, que como se ha visto está restringido a la sanción sólo del negacionismo de los crímenes producidos bajo el régimen nacionalsocialista. En este sentido, según informa el Gobierno austriaco, las conductas de negacionismo de otros genocidios o crímenes, en los términos del art. 1.1.c) de la Decisión marco, se podrían ver incriminadas de conformidad con el art. 283 del Código penal austriaco⁴⁸⁴. En el apartado 1º de este artículo se tipifica el delito de provocación a realizar acciones hostiles contra ciertos grupos (contra una Iglesia o sociedad religiosa o contra un determinado grupo por pertenencia a las mismas o por consideración a su raza, pueblo/étnia,

alcanzado ha sido la recaída en febrero de 2006 sobre David IRVING, condenado conforme al parágrafo 3 de la Ley de prohibición por haber pronunciado en Austria unos discursos de carácter negacionista en el año 1989. A este respecto, *vid.* J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p. 55.

⁴⁸³ Para una descripción más detallada del tipo penal con referencias a las críticas planteadas al mismo por la doctrina austriaca, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 154-155.

⁴⁸⁴ Aunque de manera principal las conductas de negacionismo de los genocidios y crímenes nazis recogidas en el artículo 1.1.d) de la Decisión marco vendrían sancionadas, como se ha visto, por el delito de la «mentira de Auschwitz» (§3.h), el Gobierno austriaco considera que, además, en ocasiones también pudiera resultar de aplicación frente a negaciones de tales crímenes nacionalsocialistas el §283.

origen u Estado), en forma que resulte idónea para perturbar el orden público⁴⁸⁵. La pena será sustancialmente menor que la impuesta para los delitos de negacionismo nazi: un máximo de dos años de pena de prisión. Por su parte, con la misma pena se castigará, conforme al apartado segundo, la «incitación pública» a realizar actos hostiles contra alguno de tales grupos o el «insulto» y el intento de «menosprecio» de forma que sea lesiva para su «dignidad humana»⁴⁸⁶. Así las cosas, las actuaciones públicas de negación o justificación de crímenes de guerra cometidos bajo regímenes totalitarios distintos del nazismo, podrán ser castigadas pero sólo cuando vayan dirigidas contra grupos identificados por motivos raciales, étnicos, religiosos o nacionales, y siempre y cuando se cualifiquen bien como provocación a actos hostiles o de odio, o bien como expresiones que suponen un insulto o menosprecio punibles conforme al parágrafo 283 StGB. Por tanto, para que alcancen relevancia típica habría que ver si además resultan idóneas para perturbar el orden público⁴⁸⁷ o lesionar la dignidad humana. En otro caso, las expresiones de negacionismo quedarían impunes⁴⁸⁸.

Por último, conforme al parágrafo 12 StGB también resultarán punibles las actuaciones de instigación o colaboración con estos delitos⁴⁸⁹, cumpliendo así con lo exigido por el art. 2 de la Decisión marco.

⁴⁸⁵ El tenor literal del precepto sería: «El que públicamente incita o provoca de forma adecuada para poner en peligro el orden público a realizar un acto hostil contra una iglesia o sociedad religiosa presente en el territorio nacional o contra un determinado grupo por su pertenencia a dicha iglesia o sociedad religiosa, raza, pueblo/étnia, origen étnico o Estado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años» (traducción tomada de J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p. 157).

⁴⁸⁶ Después de la reforma de este precepto en 1987 el requisito típico de la lesión a la dignidad humana ya no se exige para la conducta de «pura» provocación, debiéndose considerar como tal cuando se dé una «apelación a las pasiones, como una incitación al odio y menosprecio. Las puras declaraciones despectivas no son provocación en el sentido típico; ni tampoco las declaraciones de hostilidad cuando el autor no quiere con ellas despertar en otros los mismos sentimientos» (J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p. 160). Por su parte, las conductas de insultar y de intentar menospreciar sí que deben resultar lesivas para la dignidad humana, por lo que, como veíamos con la legislación alemana, sólo serán típicas aquellas conductas que afecten al núcleo esencial de la personalidad (por ejemplo cuando se les niega la vida a un sector de la población o se afirma su inferioridad).

⁴⁸⁷ La idoneidad del orden público, aunque se trata de un elemento que viene a delimitar el ámbito de punibilidad de manera que las conductas relevantes penalmente deben tener un cierto grado de gravedad, se configura en definitiva como un juicio de peligro abstracto. A este respecto, vid. J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p. 157.

⁴⁸⁸ Aunque el Gobierno austriaco en su informe no lo recoge, habría que plantear también que, en determinadas circunstancias, expresiones negacionistas pudieran afectar al honor de las personas y en consecuencia ser sancionadas como injurias al igual que ocurría con la legislación alemana. O, incluso, dentro del ámbito de la apología pública del genocidio.

⁴⁸⁹ «Artículo 12 StGB: El delito se comete no sólo por quien directamente lo perpetra, sino también por cualquiera que instruya a otra persona a cometer el delito o a contribuir de otra forma a

1.1.3. Francia

A. La Ley Gayssot y la incriminación del negacionismo de los crímenes de la II Guerra Mundial

El país galo contaba con una legislación dispersa entre la Ley de 29 de Julio de 1881 sobre libertad de prensa⁴⁹⁰ y el Nuevo Código Penal francés⁴⁹¹ para combatir el racismo y la xenofobia con carácter general. Fue en 1990 cuando la Ley de 13 de julio de 1990, bautizada comúnmente como «Ley Gayssot» por el apellido del diputado comunista que la promovió, recogió un tipo específico, el artículo 24.bis de la Ley de 1881, para castigar las conductas de negacionismo de los crímenes de la II Guerra Mundial⁴⁹². Conforme a este tipo penal, todavía en vigor con el mismo tenor: «*Será castigado con las penas previstas en el apartado sexto del artículo 24 aquel que cuestionare, a través de uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal y como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945 y que hayan sido cometidos bien por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho Estatuto, bien por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional*»⁴⁹³. Se incorporaba así en Francia la figura del delito de la «mentira de Auschwitz», aunque con interesantes variaciones.

su realización» [A punishable offence is committed not only by the direct perpetrator, but also by anyone instructing another person to commit the offence or contributing in any other way to the committing of the offence] (traducción al inglés del Gobierno austriaco).

⁴⁹⁰ *Loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse.*

⁴⁹¹ *Le Nouveau Code Penal.*

⁴⁹² Sobre esta Ley, *cfr.*, entre otros muchos, S. GARIBIAN, «Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the french law», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 9, 2008, pp. 479 ss; E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, pp. 46 y ss.; R. L. WEAVER, N. DELPIERRE Y L. BOISSIER, «Holocaust Denial...», *op. cit.*; M. TROPER, «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución», *Anuario de derechos humanos*, n. 2, 2001, pp. 957-984; ÍD., «La legge Gayssot e la Costituzione», *Ragion Pratica*, n. 8, 1997, pp. 189-207.

⁴⁹³ [Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale]. Añade también: «*Le tribunal pourra en outre ordonner: 1º L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal*»(Fuente: Gobierno francés).

En cuanto a la conducta típica, es necesario observar que el texto francés no utiliza el término «*negare*», sino que recurre al verbo de significación más cualificada «*contestare*», lo cual lleva a considerar que deberán ser incriminadas expresiones que van más allá de la mera negación, discursos que discutan, impugnen o cuestionen los crímenes⁴⁹⁴. Por lo que se refiere al objeto de los crímenes negados (cuestionados), el precepto determina que la conducta debe ir dirigida al cuestionamiento de cualquiera de los crímenes contra la humanidad «tal y como son definidos» por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; de manera que, en principio, se incluiría cualquiera de los crímenes de guerra cometidos por el «Eje Europeo»⁴⁹⁵ entre 1939 y 1945. Como ocurría en la legislación alemana con el delito de la «mentira de Auschwitz», el sentido originario de estos preceptos, su *ratio legis*, lo que pretende es castigar las expresiones de negacionismo del Holocausto, cuyas manifestaciones son *per se* consideradas antisemitas y meritorias de sanción⁴⁹⁶. Sin embargo, tratando de

⁴⁹⁴ Más problemas ha planteado si la sola minimización de tales crímenes puede ser castigada. En este sentido, el *Tribunal de Grande Instance* de París, en sentencia de 24 de marzo de 1994, consideró que el Sr. GUIONNET, el cual había afirmado con el fin de minimizar el genocidio que no podía haber habido más de 125.000 muertos en Auschwitz, no podía ser condenado bajo el art. 24.bis basándose únicamente en la minimización cuantitativa del exterminio judío porque en los Juicios de Nuremberg no se había fijado todavía la cifra de muertos (cfr. E. FRONZA, «Profili penalistici...», *op. cit.*, p.1059). Por su parte, la *Cour de Cassation* en sentencia de 23 de junio de 2009 anulaba la condena al Sr. GOLLNISCH, al considerar que no podían caracterizarse como un cuestionamiento del Holocausto, ante unas declaraciones en las que, aunque no entraba a negar directamente el Holocausto nazi, sí que afirmaba que esta cuestión debe quedar abierta a la investigación y posible criticar. En primera instancia sí que había sido condenado por este delito por la *Cour d'appel* de Lyon, en sentencia de 28 de febrero de 2009. Otros ejemplos que emergen de la jurisprudencia: sentencias de la *Cour d'appel* de París, de 2 de abril de 2009, nº 08/00017, por la comparación entre Auschwitz como paraíso frente a las condiciones de vida impuestas a los africanos; de 21 de enero de 2009, nº 08/02208, por la minimización ultrajante del Holocausto; o de 18 de junio de 2009, nº 07/08276, por cuestionar la cremación de personas en los campos de concentración; o de 11 de septiembre de 2002, nº 01/01445, por referir pasajes de un libro negacionista prohibido en Francia; de 1 de abril de 1992, nº 557/91, por la defensa de una teoría revisionista; o la sentencia de la *Cour d'appel* de Metz, de 27 de septiembre de 2000, nº 971/2000, por la negación simple del genocidio afirmado delante de estudiantes (cfr. E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 51).

⁴⁹⁵ Me valgo de la expresión utilizada en el artículo 1 del Estatuto donde recoge la finalidad del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, constituido, «para, aplicando los principios de justicia e intermediación, enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo». Traducción realizada por la Cátedra de Estudios Internacionales/Nazioarteko Ikasketen Cátedra de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibersitatea UPV-EHU. Texto accesible en: <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73ESP.pdf>

⁴⁹⁶ En palabras de Jean-Claude GAYSSOT, primer firmante de la propuesta: «Llegar al extremo de negar la existencia de los campos de exterminio nazi o el salvaje asesinato de millones de judíos, considerar ese hecho como un detalle, no entra dentro del campo de la controversia normal y

buscar una interpretación armónica con la Decisión marco europea que pretende que sean castigadas también las conductas negacionistas de otros crímenes (letra c del art. 1.1 de la Decisión marco)⁴⁹⁷, la referencia al Estatuto del Tribunal de Núremberg podría tratar de extenderse a cualquier crimen de guerra o contra la humanidad realizado «en los términos» definidos por el Estatuto de este Tribunal, pero sin que su sanción necesariamente haya sido bajo las normas de este Estatuto⁴⁹⁸. Aunque tal interpretación resulte discutible⁴⁹⁹, es la única que permite

necesaria en materia histórica. Es dar a entender... que estos hechos, que tienen un origen antisemita evidente, no son condenables". Se ha dicho, continúa Gayssot, que la negación del holocausto debería combatirse en el marco del debate de opiniones, que no puede haber en Francia una historia oficial, defendida penalmente, que el descrédito de estas tesis dentro de la comunidad científica es suficiente para que el juez no tenga que intervenir..., pero yo pienso que si la revisión de la Historia es siempre un derecho, y a menudo un deber, la negación del holocausto por los autores que se califican, de forma inapropiada, de revisionistas, no es hoy más que una expresión de racismo y del principal vector del antisemitismo"» (cfr. J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p.57).

⁴⁹⁷ El apartado c) se refiere a los crímenes contra la humanidad y de guerra tal y como vienen definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que serían los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, los cuales coinciden sustancialmente con los recogidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg.

⁴⁹⁸ Esta interpretación podría llevar a la sanción bajo la actual Ley Gayssot a casos de negación de otros genocidios o crímenes de guerra como aquellos que han sido juzgados por los Tribunales Penales Internacionales para Rwanda o para la ex Yugoslavia.

⁴⁹⁹ En contra, por ejemplo, el *Tribunal correctionnel* de París que en su sentencia frente al historiador Bernard LEWIS que había negado la existencia del genocidio armenio, declaraba que el delito de negacionismo tenía como objeto sólo «los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por organizaciones o personas que hubieran actuado por cuenta de los países que formaban parte del Eje» (cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 49). En este sentido algunos comentaristas de este precepto lo interpretan limitado, como se ha dicho, a los crímenes juzgados en el marco del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, y, por tanto, a los crímenes de guerra cometidos por el régimen nazi (o sus aliados) en el periodo de 1939 a 1945. Así, por ejemplo, M. TROPER resulta muy contundente afirmando que en el caso francés este precepto es aplicable únicamente a los crímenes contemplados por el Protocolo de Londres y que «no hay pues ninguna posibilidad de que se aplique a la negación de otros crímenes, entre tanto no exista una nueva legislación» («Derecho y negacionismo...», *op. cit.*, p.981). En sentido similar, *vid.* L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*, p.17.

Otra perspectiva es la que adopta LUTHER, quien señala que «en clave comparada, se aprecia inmediatamente que la disciplina francesa es más amplia que la alemana porque no se limita a los genocidios nazis...» («El antinegacionismo...», *op. cit.*, p.263). E. FRONZA reconoce por un lado que fuera de los genocidios nazis castigados por el Tribunal de Núremberg, «[l]a disposizione, quindi, non consente di incriminare altri fatti suscettibili di tali analoga qualificazione: é dunque possibile "contester" l'esistenza di crimini contro l'umanità commessi in altri luoghi e in altri momenti»; pero, al mismo tiempo, hace notar «come il testo della legge faccia riferimento al concetto generale di crimini contro l'umanità: una nozione la cui estensione, già al tempo del provvedimento di legge, era molto più ampia della sola Shoah, e che, quindi, pone in essere una forme tensione potenziale all'allargamento della norma a ricomprendere altri crimini» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 49).

salvar la laguna punitiva sin desbordar tampoco el tenor literal del precepto. En todo caso, para acotar el ámbito típico se exige que los perpetradores de los crímenes negados hayan sido objeto de condena bien por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg en aplicación del artículo 9 del Estatuto, o por algún tribunal francés o internacional⁵⁰⁰. Además, las conductas para resultar típicas deberán realizarse «públicamente», difundidas a través de uno de los medios que la propia Ley regula (lugares públicos o en reuniones públicas o en escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes u otros escritos vendidos o distribuidos, puestos a la venta o mostrados en reuniones o lugares públicos, o posters o carteles que aparezcan en público o por cualquier medio de comunicación electrónica accesible público). La pena impuesta debe ser de prisión de un mes a un año y multa de 2.000 a 30.000 francos o solamente con una de estas dos penas, algo que puede plantear dudas en cuanto a las exigencias derivadas de la Decisión marco si se entiende que no cabe la fijación de una pena alternativa a la prisión.

B. La presunción de ofensividad de los discursos negacionistas

Un elemento característico de la norma francesa es que extiende el ámbito de punibilidad y castiga un delito de mera conducta por la sola manifestación negacionista en los términos típicos ya definidos. No exige ni que la conducta vaya dirigida contra un determinado grupo de personas ni que pueda incitar a la violencia o al odio, ni se requiere que sea perturbadora para el «orden público» o que las expresiones resulten «amenazadoras, abusivas o insultantes» (art. 2.2 Decisión marco).

Como señala PECH, se trata de una restricción a la libertad de expresión basada puramente en el contenido⁵⁰¹. Se establece *a priori* el juicio de desvalor frente a tales conductas y se incriminan las mismas sin requerir juicio concreto de peligrosidad o de lesividad frente al bien jurídico que se pretende proteger (y ni

LANDA GOROSTIZA indica, a mi entender acertadamente, que el tenor típico va «referido de forma general a todos los crímenes contra la humanidad y no sólo al genocidio –y menos aún únicamente al nazi- por más que fueran conductas de tipo ideológico referidas a este último las que el legislador tenía en mente» (*La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 187).

⁵⁰⁰ Con una perspectiva crítica de esta cláusula, *vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 147) y E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 73 ss.) y lo que se dirá *infra* Cap. 7, epígrafe 3.2.3.

⁵⁰¹ En concreto afirma que se trata de una «*pure “content-based” restriction on freedom of expression*» (L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*, p. 17).

siquiera éste queda bien definido cual sea)⁵⁰². TROPER, justificando esta norma, considera que el legislador opta por recurrir a una técnica habitual como es la «presunción»: presume que la negación del genocidio es un acto equivalente a la incitación al odio racial, con el que comparte naturaleza y amenaza los mismos intereses que deben ser protegidos⁵⁰³. Afirma, en tal sentido, que «el legislador puede considerar que el buen funcionamiento del sistema democrático constituye un interés fundamental digno de ser protegido contra ciertos usos de la libertad de expresión. Puede estimarse que la expresión de ciertas tesis incita a crímenes que, por su propia naturaleza, ponen en peligro la democracia. Así pues, las tesis que incitan al odio racial o que hacen apología indirecta del nazismo, puesto que niegan la realidad de sus crímenes, pueden contribuir a poner en riesgo la democracia y el conjunto de las libertades»⁵⁰⁴. Dicho de otra manera, estima que tales expresiones forman un todo con los actos a los que pueden conducir, lo cual justifica entonces el establecimiento de esta presunción, quedando dentro del «arbitraje del legislador»⁵⁰⁵ la valoración de la relación de causalidad existente entre las expresiones sancionadas y la realización que pueden tener. Como clave de su justificación está, por tanto, que el establecimiento de tales presunciones supone un juicio que «sería el objeto de un poder de apreciación propiamente político» y, consecuentemente, no susceptible de control constitucional⁵⁰⁶. Sólo al legislador le corresponde establecer si «los escritos negacionistas son realmente susceptibles de entrañar acciones antisemitas o antirepublicanas»⁵⁰⁷. Ello en un marco constitucional, como es el francés, en el cual es cierto que el legislador recibe una amplia confianza en la configuración de la libertad de expresión. Así, la Declaración de derechos del hombre francesa en su artículo 11 reconoce la libertad de comunicación y de opinión como «uno de los más preciados derechos del hombre», pero al mismo tiempo determina que se deberá responder de su abuso «en los casos determinados por la ley»; algo que lleva a considerar a TROPER que la libertad de expresión en Francia es ante todo un derecho de configuración legislativo y de ahí la amplia disposición que reconoce al legislador⁵⁰⁸. Por mi parte, aunque comparto con TROPER que son muy limitadas las posibilidades de control abstracto

⁵⁰² La radicalidad de este juicio se ve, por ejemplo, en la sentencia de 7 de enero de 1993 donde la *Cour d'Appel* de Aix afirmaba directamente y en términos abstractos que el racismo no constituye una opinión, sino un delito, en particular cuando se basa sobre la negación de crímenes contra la humanidad, juzgados en Nuremberg, cuya decisión tiene autoridad de cosa juzgada (*cfr.* E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 45).

⁵⁰³ M. TROPER, «Derecho y negacionismo...», *op. cit.*, pp. 976-977.

⁵⁰⁴ *Íbidem*, p. 978.

⁵⁰⁵ *Íbidem*, p. 979.

⁵⁰⁶ *Íbidem*, p. 980.

⁵⁰⁷ *Íbidem*.

⁵⁰⁸ *Íbidem*, p. 971.

de constitucionalidad, ello no quita que pueda justificarse un control último ante la debilidad ofensiva del tipo y los excesos que pueda comportar⁵⁰⁹.

Tanto es así que son notables las críticas recaídas por la «vaguedad» de este precepto, la cual podría llevar a sancionar conductas dignas de tutela por la libertad de expresión. En esos términos se pronunciaba, como se ha visto, la mayoría de los miembros de el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que concluían que, al margen de que hubiera sido adecuada la aplicación por los tribunales franceses en el asunto «Robert Faurisson contra Francia», en un juicio abstracto sobre la norma ésta suponía una «clara violación» del art. 19 de la Carta⁵¹⁰. En cambio, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ha sido analizado, aunque sin hacer un juicio abstracto de la norma, han valorado adecuadas, proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática, las sanciones impuestas en Francia en aplicación de la Ley Gaysot⁵¹¹. Una deferencia de la que se han valido los tribunales franceses para continuar aplicando la Ley Gaysot haciendo un juicio de necesidad «en forma muy superficial»⁵¹². En parte, es cierto que la amplitud de esta ley puede ser considerada como «una herramienta preciosa en manos de los jueces quienes pueden usarla para sancionar las ambigüedades e insinuaciones normalmente usadas por los miembros del Frente Nacional»⁵¹³; pero es verdad también que puede abrir las puertas a excesos, a un posible control de contenidos de la libertad de expresión y puede suponer un nocivo *chilling effect* en el ejercicio de esta libertad.

Estas dificultades eran en cualquier caso consabidas y ya desde la propia tramitación parlamentaria la propuesta legislativa se encontró con la oposición de los grupos de la derecha francesa, en aquellos momentos en la oposición, y del Senado, que en tres votaciones sucesivas veto la misma⁵¹⁴; a pesar de lo cual, la norma no fue sometida al control previo del *Conseil constitutionnel*. Posteriormente esta polémica ha continuado, no sólo en la doctrina jurídica⁵¹⁵, sino en general en

⁵⁰⁹ *Vid. infra* Cap. 7, epígrafe 3.3.

⁵¹⁰ Decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU, Communication nº 550/1993: France, 16/12/1996. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.1.

⁵¹¹ En este sentido, *vid.* Decisión de 24 de junio de 1996, sobre la admisibilidad del caso Marais c./Francia; STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia; y decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

⁵¹² Así, L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*, p.19

⁵¹³ [is a precious tool in the hands of judges who can use it to sanction the ambiguities and insinuations regularly uttered by members of the National Front]. Así sintetiza la opinión de algunos comentaristas franceses R. L. WEAVER, N. DELPIERRE Y L. BOISSIER, «Holocaust Denial...», *op. cit.*, III.B.

⁵¹⁴ Lo refiere J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p. 58.

⁵¹⁵ En 2010 la *Cour de Cassation* ha rechazado plantear ante el *Conseil Constitutionnel* una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre la legitimidad de este precepto en la resolución por la

el ámbito público y académico, con importantes voces que han venido denunciando que con esta Ley se venía a instaurar una «verdad oficial», entrometiéndose en la investigación histórica y coartando peligrosamente la libertad de expresión y de investigación científica⁵¹⁶.

C. Bien jurídico y el debate acerca de la «memoria» y la «verdad histórica» como objetos de protección

En el contexto francés se ha plantado con particular relevancia el debate adyacente sobre la «verdad» como interés jurídico digno de tutela, y, en relación con ello, sobre la legitimidad de las «leyes de memoria» (*lois mémorielles*) o, más en particular en referencia a la Ley Gayssot, las «querellas de la memoria» (*querelle des mémoires*) o las «memorias abusivas» (*mémoires abusives*)⁵¹⁷. Sin embargo, por más que se pueda dar una cierta dispersión del debate público, el bien jurídico protegido por estas normas, y en particular por normas de género sancionador como la Ley Gayssot, doctrina y jurisprudencia vienen entendiendo que no debe encontrarse en la «verdad» o la «memoria», sino que debe individuarse en valores jurídicos como son, por ejemplo, la igual «dignidad humana» de todas las personas sin distinción de étnia, nación, raza o religión⁵¹⁸ o, siguiendo la justificación dada en el marco del Convenio Europeo, en la «defensa del orden y la prevención del delito» y en la «protección de los derechos y libertades ajenos»⁵¹⁹. Otra cosa sería que la protección de tales bienes o intereses pueda llevar a que se castiguen ciertas ofensas a la memoria de las víctimas o a exigir ciertos «deberes de memoria»⁵²⁰, ello por entenderse que el desprecio a las mismas supone entonces una ofensa a esos otros bienes jurídicos. En breves palabras, el ataque a través de expresiones contra ciertos «hechos» (porque al fin y al cabo la memoria es el recuerdo de unos «hechos») puede adquirir relevancia penal en la medida que se estime que resulta lesiva o peligrosa para uno de esos otros bienes (especialmente la dignidad

condena a la revista de extrema derecha «Rivarol» (Cassation, Question Préliminaire Constitutionnalité, 7 de mayo 2010, nº 09-80, p. 774). Cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 52.

⁵¹⁶ Por ejemplo, el manifiesto «Libertad para la Historia» suscrito por importantes historiadores franceses en 2006 y en el que se solicita la derogación de la Ley Gayssot. Vid. *infra* Cap. 8, epígrafe 1.

⁵¹⁷ Sobre el problema de la memoria como bien jurídico, *vid. infra* Cap. 7, epígrafe 2.2.2.

⁵¹⁸ Vid. la sentencia de 3 de enero de 2006 del Tribunal de Grande Instance de Lyon al caso Theil. Un comentario a la misma en E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., pp. 149 y ss.

⁵¹⁹ Sobre la base de los mismos justifica el Gobierno francés las sanciones impuestas en aplicación de la Ley Gayssot frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*vid.* STEDH de 24 de junio de 2003, asunto Roger Garaudy c./Francia).

⁵²⁰ Vid. la sentencia de 3 de enero de 2006 del Tribunal de Grande Instance de Lyon.

humana), pero aquélla (la memoria o la verdad) no constituye en sí misma el bien jurídico protegido⁵²¹.

Por su parte, los tribunales franceses han tratado de forjar ciertos criterios que tienden a una valoración del contexto, los fines y, sobre todo, del método –es decir, si sobre la base de las manifestaciones existe una investigación que responda al método científico-, más que del contenido en sí mismo de las expresiones cuya sanción se pretende⁵²². Se quiere evitar así que el castigo de las expresiones negacionistas pudiera convertirse en una suerte de proscripción *ex lege* de ciertos discursos en atención a su puro contenido. No obstante, este intento no está exento de problemas, sobre todo en lo referido a la valoración del método usado, ya que al final sitúa al juez en la posición de determinar, según el caso, si se ha producido una investigación siguiendo un procedimiento de «buena fe» y de definir aquello que es el propio «método histórico». De manera acertada E. FRONZA se hace entonces una doble pregunta: ¿Si es la dignidad humana el valor protegido por la Ley Gayssot, por qué se insiste tanto en el método más que en los contenidos de las afirmaciones? Y, más allá, ¿un juez está en condiciones de poder juzgar el método de investigación histórica, siendo un juez y no un historiador?⁵²³. Tales preguntas retóricas nos ayudan a situar parte del debate. Incluso, creo que habría que ir más allá: Si la dignidad humana es el valor protegido habrá que valorar el contenido de las expresiones, pero, junto al contenido en sí, habrá que considerar el contexto, el lenguaje usado y la forma como se realizan para ponderar su carácter ofensivo y ver la potencialidad lesiva que puedan tener en el juicio sobre las circunstancias en concreto.

Por otro lado, precisamente para limitar este peligro de intromisión del juez en la investigación de la «verdad histórica», pudiera ser por lo que el legislador habría dispuesto la cláusula de que sólo sean punibles las negaciones de crímenes que hayan sido reconocidos como tales por un tribunal nacional o internacional. Sin embargo, aunque fuera ésta la intención con la que se fijó tal cláusula, lo que no se puede tampoco es confundir la «verdad judicial» con la «verdad histórica»; una cosa es que por decisión judicial se hayan fijado unos hechos como crímenes y otra que los historiadores puedan discrepar o discutir alguno de tales extremos. Asimismo, tampoco hay que caer en la confusión de considerar que la Ley Gayssot

⁵²¹ *Vid. infra* Cap. 7, epígrafe 2.2.2.

⁵²² Nuevamente, *vid.* sentencia de 3 de enero de 2006 del *Tribunal de Grande Instance* de Lyon (*cfr.* E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 46 y *ÍD.*, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, pp. 149 y ss.).

⁵²³ E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 47. En sentido similar, *vid.* *ÍD.*, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 150), donde se pregunta si esta jurisprudencia no puede llevar a planetar una «paradoja del método». Sobre esta cuestión se volverá *infra* Cap. 7, epígrafe 1.2.

pretende la protección de la «autoridad judicial», ni siquiera de manera mediata, como se podría deducir del hecho de afirmar que a lo que se está dando protección es a la «verdad judicial» sentada por los tribunales. Con esta cláusula lo que sí que logra el legislador es «circunscribir la hipótesis de punibilidad», da una cierta dosis de taxatividad, aunque, como señala E. FRONZA, al mismo tiempo «deja al descubierto las debilidades y aporías del juicio»⁵²⁴.

D. La extensión del castigo a la negación de otros delitos y la decisión del Conseil Constitutionnel n° 2012-647

Una de las «debilidades» de la Ley Gayssot sería que «sólo» se sancione el negacionismo de ciertos genocidios, dejando impune la negación de otros. Algo que, como se ha visto, puede plantear la necesidad de reformar el precepto (o ampliar su interpretación) para adecuarlo a las exigencias derivadas de la Decisión marco europea. Asimismo, desde la aprobación de la Ley Gayssot se ha generado una notable polémica en la opinión pública francesa ante casos de negacionismo del genocidio armenio, con el que ésta se encuentra especialmente sensibilizada⁵²⁵. Y es que, como este genocidio no ha sido declarado como tal por ningún tribunal, las expresiones de negación del mismo no han podido ser sancionadas bajo el art. 24.bis de la Ley Gayssot⁵²⁶. En relación con ello, se ha venido a plantear si el Holocausto es un acontecimiento único que justifica la sola sanción del negacionismo del mismo o si, por el contrario, ésta debería ampliarse a otros genocidios y crímenes de guerra. Ahora bien, de extenderse el castigo del negacionismo a cualquier otro genocidio, sería necesario justificar que, como en el caso del negacionismo del Holocausto, este tipo de manifestaciones resultan por sí mismo ofensivas para las víctimas de esos otros genocidios y/o peligrosas para la sociedad. Pero, a mayor abundamiento, y aunque éste no sea en sí un motivo

⁵²⁴ En concreto afirma: «*circoscrive le ipotesi di punibilità, dall'altro rimette allo scoperto le debolezze e le aporie di quel giudizio rispetto alla definizione attuale di crimini contro l'umanità e rispetto infine alle nuove forme di negazionismo*» (E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 45).

⁵²⁵ En Francia hay una importante comunidad armenia que puede llegar al medio millón de personas para los que el genocidio de su población constituye un trágico episodio de su memoria colectiva. En tal sentido, se aprobó la Ley n° 70 de 29 de enero de 2001 relativa al reconocimiento del genocidio armenio de 1915 que, con valor puramente declarativo, contenía un único artículo que proclamaba que «Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915». A este respecto, *vid.* J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p. 58.

⁵²⁶ *Vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 49.

invalidante de la norma sino una crítica de política-criminal⁵²⁷, en la medida en que el bien jurídico protegido no es el respeto a la autoridad judicial, sino la tutela de la dignidad de las víctimas de un genocidio, si se admite que la negación de un genocidio resulta ofensiva para sus víctimas más allá de la negación del Holocausto, no parece razonable que no se dé entonces igual protección a otras víctimas de este tipo de crímenes aunque los mismos no hayan sido determinados judicialmente. Ello sin entrar en la crítica de fondo al establecimiento de la presunción *ex lege* de que negar un genocidio, aunque sea el Holocausto, pueda ser considerada en todos los casos como lesiva o peligrosa de bienes jurídicos de rango constitucional.

Toda esta polémica ha llevado a que a lo largo de estos años se hayan planteado diversas propuestas de reforma de la Ley Gayssot con signos muy diferentes, aunque las mismas no han logrado fructificar. Así, por ejemplo, en 1995 se presentaron diversas proposiciones de Ley a la Asamblea Nacional, unas tendentes a incriminación de la negación de todos los genocidios o de todos los crímenes contra la humanidad⁵²⁸, otras únicamente para incriminar la negación del genocidio armenio⁵²⁹. En el mismo sentido, pretendiendo la extensión del castigo de la Ley Gayssot al genocidio armenio, resultó la Proposición de Ley presentada por el Grupo socialista en la Asamblea Nacional en 2006, pero que, aunque fue aprobada por la misma el 12 de octubre de tal año, sin embargo no llegó a ser aprobada por el Senado⁵³⁰.

Por último, en el año 2012 se ha pretendido una relevante modificación al artículo 24 de la Ley de prensa de 1881, la cual fundamentalmente pretendía incluir un artículo 24 ter en el que se castigaba, a título principal, con una pena de un año de prisión y 45.000 euros de multa a aquellos que «han negado o

⁵²⁷ M. TROPER entra en la discusión sobre si castigar la negación de unos genocidios en concreto exige el castigo de la negación de cualquier genocidio, y afirma que «sin duda, el legislador está sujeto a una obligación de coherencia, pero esta obligación no es jurídica, es solamente moral». Aún más, considera entonces que tal incoherencia existiría si no hubiera una especificidad que justificara tal diferenciación, y, ante ello, responde que «[p]or el contrario, existe una especificidad no en el genocidio de los judíos sino en la negación de este genocidio. Tal peculiaridad se inscribe en un movimiento antisemita y anti democrático, que no ha cesado con el mismo genocidio, y lo alimenta» («Derecho y negacionismo...», *op. cit.*, p.981).

⁵²⁸ Así, la Proposición de Ley nº 2039, presentada por M. ROCHEBLOINE y la Proposición de ley nº 1872, presentada por M. Patrick DEVEDJIAN, respectivamente.

⁵²⁹ Proposiciones de ley nº 1932, presentada por MM. MERCECA y otros, y nº 2028, presentada por MM. MIGAUD y otros.

⁵³⁰ Esta propuesta pretendía que se incluyeran dos artículos en el texto de la Ley de 29 de enero de 2001 de reconocimiento del genocidio armenio, con arreglo a los cuales sería castigado con las penas previstas por el art. 24 bis de la Ley de 1881 las conductas en él recogidas pero referidas también al genocidio armenio de 1915. Sobre esta cuestión, *vid.* J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p. 58.

minimizado de forma indignante», cualquiera que fueran los medios de expresión o de comunicación públicos empleados, «la existencia de uno o varios crímenes de genocidio definidos en el artículo 211-1 del código penal y reconocidos como tales por ley francesa»⁵³¹. A pesar de su redacción genérica parece evidente que el objeto principal de la misma era permitir el castigo de el genocidio armenio⁵³², para el que ya existía tal declaración, pero sin cerrar la posibilidad a que ésta pudiera ampliarse a otros genocidios sin necesidad de determinación judicial. Es interesante destacar cómo, a diferencia del art. 24.bis, esta reforma iba referida sólo al crimen de genocidio y dejaba fuera otros crímenes de guerra. Del mismo modo, la conducta típica incluía no sólo el «cuestionamiento» (en francés el texto original usaba como en el art. 24.bis el término «*contesté*»), sino también la «minimización de forma indignante», ampliando aún más el ámbito típico del precepto. Pues bien, en este caso la propuesta de reforma sí que fue sometida al *Conseil Constitutionnel*, el cual decidió que la misma resultaba contraria a la Constitución⁵³³. Dentro de la parca argumentación propia de este órgano, el *Conseil Constitutionnel* comenzaba afirmando la libertad de expresión y de comunicación y su importancia para la democracia, al tiempo que reconocía que el legislador estaba habilitado constitucionalmente a restringir el ejercicio de la misma, siempre de manera proporcionada y necesaria⁵³⁴. Entrando entonces en lo que sería el

⁵³¹ Así refiere la propuesta el *Conseil Constitutionnel* en su considerando 2º de la Decisión nº 2012-647 DC de 28 de febrero de 2012. El texto está accesible en español en la página web del propio Consejo: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/decisiones/decision-nº-2012-647-dc-de-28-de-febrero-de-2012.114973.html>

De interés puede resultar también el informe del Senado sobre esta proposición de Ley (M. Jean-pierre SUEUR, Rapport nº 269, 2011-2012, Commission des Lois, 18 de enero de 2012). Accesible en: <http://www.senat.fr/rap/l11-269/l11-269.html>

⁵³² En este sentido puede verse, por ejemplo, la noticia del diario ABC de fecha 21 de enero de 2012, «Turquía y Francia, conflicto diplomático a la vista», ante la perspectiva de la votación por el Senado de este proyecto de Ley el cual permitiría la incriminación del negacionismo del genocidio armenio por los turcos. Accesible en: <http://www.abc.es/20120122/internacional/turquia-francia-genocidio-armenio.html>

⁵³³ Decisión nº 2012-647 DC de 28 de febrero de 2012. Para un comentario a esta sentencia, *vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 96 y ss., con numerosas reseñas bibliográficas, y más sintéticamente, *vid.* C. CARUSO, «Il negacionismo del genocidio armenio in una decisione del *Conseil constitutionnel*», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, pp. 413-416.

⁵³⁴ En concreto, en su considerando 5º, afirmaba que: «le está permitido al legislador aprobar reglas sobre el ejercicio de la libre comunicación y de la posibilidad de hablar, escribir e imprimir; que le es posible, con este título, prever incriminaciones que repriman el abuso del ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación que atenten contra el orden público y los derechos de terceras personas; que, sin embargo, la libertad de expresión y de comunicación es tan valiosa que su ejercicio es una condición de la democracia y una de las garantías del respeto de otros derechos y libertades; que las restricciones que limitan el ejercicio de esta libertad deben ser necesarias, adaptadas y proporcionadas respecto del fin perseguido».

núcleo del asunto, consideraba que una ley que tenga por objeto «reconocer» un crimen de genocidio «no podría, en sí misma, ser revestida del alcance normativo que se vincula a la ley». De esta manera el *Conseil Constitutionnel* realizaba una declaración de gran importancia al asumir que, aunque a tales «leyes» se les denomine formalmente así y revistan la forma propia de ellas, sin embargo no van a gozar del valor normativo propio de la ley como fuente del Derecho; las relega a una suerte de actos con valor político, pero no jurídico (o por lo menos no con valor normativo pleno). La ley de reconocimiento a la que se remite la reforma pretendida estaría por tanto en tal categoría. Ante lo que concluía entonces que «reprimiendo así el negacionismo de la existencia y de la calificación jurídica de crímenes que habría él mismo [el legislador] reconocido y calificado como tales, el legislador ha incurrido en un atentado inconstitucional contra el ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación». Aunque sea difícil poder extraer la *ratio decidendi* de la decisión, parecería que el motivo de inconstitucionalidad pesa sobre el hecho de delegar a favor del propio legislador que, en un acto al que no reconoce la fuerza normativa de una ley, sea éste el que concrete aquellos hechos cuya negación puede dar lugar a la sanción. Queda por tanto abierta la cuestión de cuál sería la posición del *Conseil Constitutionnel* frente al art. 24.bis y la incriminación de genocidios y crímenes de guerra determinados judicialmente⁵³⁵.

1.2. El anti-negacionismo en los países del Benelux

1.2.1. **Bélgica**

A. *El castigo del negacionismo en Bélgica*

Bélgica estuvo también entre los primeros países en aprobar una ley que específicamente incriminara las conductas negacionistas y en 1995 adoptó la «Ley para reprimir la negación, minimización, justificación o la aprobación del genocidio cometido por el régimen nacional-socialista alemán en la segunda guerra mundial»⁵³⁶, que vino a introducir en su ordenamiento una modalidad del delito de

⁵³⁵ Para E. FRONZA esta sentencia sí que supone un cuestionamiento de la propia Ley Gayssot en los términos vigentes e incluso afirma que tal decisión «abbia contribuito a porre un freno alla poco apprezzabile tendenza ad attribuire con legge carattere ufficiale alla storia, censurando l'irrigidimento che il diritto opera sulla storia e garantendo la possibilità di un dibattito intorno ad essa» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p.104).

⁵³⁶ *Loi du 23 mars 1995, tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale*. El texto en versión original se puede encontrar en la página web del Ministerio de

la «mentira de Auschwitz»⁵³⁷. Así, el primer inciso del artículo 1 de esta Ley establece: «*Se castiga con pena de prisión de ocho días a un año y multa de 26 a 5000 francos a quien en alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 444 del Código penal, niegue, minimice groseramente, intente justificar o apruebe el genocidio cometido por el régimen nacional-socialista durante la Segunda Guerra Mundial*»⁵³⁸. A lo que añade un inciso segundo que determina que, a los efectos del apartado anterior, «*el término genocidio se entenderá en el sentido del artículo 2 de la Convención internacional de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio*»⁵³⁹; y un tercer y último inciso, conforme a una reforma de 1999⁵⁴⁰, según el cual se permite que a los infractores también se les puedan aplicar las prohibiciones recogidas en el artículo 33 del Código penal⁵⁴¹.

Se observa cómo Bélgica optó inicialmente, al igual que en Alemania o Austria, por incriminar el negacionismo del genocidio nazi ⁵⁴², pero

Justicia belga:
http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1995032331

⁵³⁷ Previamente, la Ley de 30 de julio de 1981 «tendente a castigar ciertos actos inspirados en el racismo y la xenofobia» [*Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*], modificada por Ley de 10 de mayo de 2007 [*Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination*], recogía toda una serie de delitos de instigación al odio y a la xenofobia y de difusión de ideas basadas en la superioridad racial (Título IV. Arts. 19-28). Esta Ley vino a dar actuación a los compromisos adquiridos por la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. El texto en versión original se puede encontrar en la página web del Ministerio de Justicia belga: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?imgcn.x=46&imgcn.y=8&DETAIL=1981073035%2FF&caller=list&row_id=1&numero=6&rech=30&cn=1981073035&table_name=LOI&nm=198101359&la=F&ddfm=7&chercher=t&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&sql=dd+between+date%271981-7-30%27+and+date%271981-7-30%27+and+actif+%3D+%27Y%27&ddda=1981&tri=dd+AS+RANK+&trier=promulgation&ddfa=1981&dddj=30&dddm=7&ddfj=30

⁵³⁸ [*Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six à cinq mille francs quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale*].

⁵³⁹ [*Pour l'application de l'alinéa précédent, le terme génocide s'entend au sens de l'article 2 de la Convention internationale du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide*].

⁵⁴⁰ *Loi du 07-05-1999*.

⁵⁴¹ En concreto, establece el último inciso que: «*Le condamné peut, en outre, être condamné à l'interdiction conformément à l'article 33 du Code pénal*».

⁵⁴² El Gobierno belga en carta remitida a la Comisión Europea el 7 de septiembre de 2011 mostraba su disposición a reformar la legislación nacional a los efectos de extender el castigo de las expresiones negacionistas a otros genocidios y crímenes contra la Comunidad Internacional, conforme a lo dispuesto por la Decisión marco. Sin embargo, a fecha de noviembre de 2013 no

circunscribiendo además el objeto únicamente a los actos que fueron constitutivos de genocidio, según la definición estricta que de ello da la Convención internacional de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio⁵⁴³. Las conductas tipificadas recogen todo el amplio elenco de posibilidades de expresiones negacionistas: «negación», «minimización grosera», «justificación» o «aprobación». Sólo serán típicas cuando se realicen en las circunstancias de publicidad previstas por el art. 444 Cp., según el cual tendrán que haber sido realizadas en reuniones o lugares públicos, o en presencia de varias personas, o en presencia de la persona ofendida y de testigos, o por medio de escritos distribuidos o puestos a la venta o a través de imágenes expuestas o vendidas al público, o en escritos que aunque no hayan sido publicados, sí que se hayan dirigido o comunicado a varias personas⁵⁴⁴. No se exige, sin embargo, ningún tipo de cualificación de las conductas: ni que vaya dirigida contra un determinado grupo de personas, ni que puedan resultar idóneas para perturbar la paz pública ni amenazantes o insultantes. Cuando se trate de expresiones con un contenido directamente incitador a la violencia o a la discriminación concurrirían otros tipos delictivos⁵⁴⁵, sin perjuicio de que, como se verá a continuación, la Corte de Arbitraje belga ha realizado una interpretación aditiva de este precepto para exigir la constatación en concreto de un elemento instigador implícito en las acciones típicas de negar, minimizar, etc. La pena es relativamente baja, ya que va desde 8 días a un año de prisión y multa, a lo que se añade la posibilidad de restringir ciertos derechos civiles y políticos conforme a la reforma de 1999⁵⁴⁶.

había vuelto a comunicar a la Comisión la reforma ni se ha podido verificar que ésta se haya producido.

⁵⁴³ El art. 2 de esta convención establece: «*En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*».

⁵⁴⁴ En concreto, establece el artículo 444 Código penal belga: «*Soit dans des réunions ou lieux publics;*

Soit en présence de plusieurs individus, dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter;

Soit dans un lieu quelconque, en présence de la personne offensée et devant témoins;

Soit par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public;

Soit enfin par des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes».

⁵⁴⁵ En particular, el art. 20 de la Ley de 30 de julio de 1981, de represión de ciertos actos inspirados por el racismo o la xenofobia, viene a castigar las conductas de incitación a la violencia o al odio con carácter racista, xenófobo y otros motivos análogos.

⁵⁴⁶ Antes de la reforma tales prohibiciones sólo se podían dar en caso de reincidencia.

También en Bélgica se suscitó el debate sobre la extensión del delito al negacionismo del genocidio armenio y en 2005 fue discutida, aunque finalmente rechazada, una propuesta de ley a este respecto⁵⁴⁷. En sentencia de 23 de enero de 2009 la Corte de Apelación de Bruselas (12^a Sección)⁵⁴⁸ ha confirmado las condenas a Abdel RAHMAN y a G. RAPHAËL, entre otros delitos, por negación de los crímenes nazis por haber difundido en un sitio web un vídeo bajo el título «Naz 14: “Nazisme e Sionisme ne Font qu’un”»⁵⁴⁹.

B. La interpretación del delito antinegacionista por la Cour d’arbitrage (sentencia de 12 de julio de 1996): el elemento tendencial implícito

La *Cour d’arbitrage* belga en 1996 se pronunció sobre dos recursos individuales directos presentados contra la ley contra el negacionismo aprobada un año antes⁵⁵⁰. En esta decisión la Corte asumió una visión restrictiva de la ley, con la que pretendió acotar los términos del precepto, profundizando para ello en la *ratio legis* a través de los trabajos preparatorios de la misma.

Así las cosas, la Corte admitió como principio general que cualquier norma restrictiva de la libertad de expresión y aquellas de índole penal exigen una interpretación restrictiva. A este respecto, consideró que ni el término «negar» ni el de «aprobar» podían dar lugar a confusión. En el primero de los casos, la negación iría referida a los supuestos en los que se impugne la totalidad del hecho; mientras que la aprobación supone que se suscriban los hechos y, en el caso en cuestión, con ello se estaría por tanto suscribiendo también la ideología nazi. Ahora bien, en la medida en la que las manifestaciones negacionistas no se presentan en muchos casos de una manera tan radical o pura, sino que se lleva a cabo a través de formas más sutiles como es el recurso a estudios pseudo-científicos, la Corte justificaba que la ley reprima también otras conductas de contenido más difuso como es la «minimizar groseramente» e «intentar justificar» (B.7.9). Consideraba así que por «intentar justificar» se debe entender una conducta que, sin llegar a la aprobación, y normalmente basada en datos

⁵⁴⁷ Sobre los debates suscitados acerca del castigo al negacionismo del genocidio armenio, cfr.: <http://users.skynet.be/suffrage-universel/new/index.htm>

⁵⁴⁸ *Cour d’appel de Bruxelles, 12ème Chambre, arrêt du 23 janvier 2009.*

⁵⁴⁹ Concluía la Corte de Apelación de Bruselas: «*Il résulte de l’analyse de la vidéo incriminée et des considérations qui précèdent qu’un doute subsiste concernat la volonté des prévenus d’inciter en l’espèce, comme l’énonce la prévention B a), à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence à l’égard des ressortissants israéliens et(ou de la communauté juive).*»

⁵⁵⁰ Sentencia n^o 45/96 de 12 de julio de 1996. Accesible en la página web de la *Cour constitutionnelle* belga: <http://www.const-court.be/public/f/1996/1996-045f.pdf>

históricos, va a tender «a presentar el genocidio como una cuestión en su día aceptable y a legitimar así la ideología nazi»⁵⁵¹. En el caso de la «minimización» la Corte valoraba para admitir un término tan difuso el hecho de que el legislador no había pretendido incriminar cualquier minimización, sino que con la inclusión del término «groseramente» había ceñido la posibilidad de sanción sólo a aquellas minimizaciones más extremas, graves u ofensivas (B.7.9).

Estimaba la Corte que todas estas conductas tienen como rasgo común, aunque sea indirectamente, pretender rehabilitar una ideología hostil a la democracia y, al mismo tiempo, resultan ofensivas para ciertas categorías de seres humanos (B.7.10). Sin embargo la Corte terminaba realizando una suerte de interpretación aditiva del precepto al entender que, aunque la ley no hiciera mención de tales motivaciones como elemento constitutivo de la infracción, porque tal y como se deduce de los trabajos preparatorios el legislador habría renunciado a incluirlo por la extrema dificultad de prueba a este respecto –sobre todo por el uso de formas de apariencia científica–; sin embargo, reconocía al juez la facultad de no castigar aquellas conductas en las que en concreto pudiera demostrarse que no concurría tal motivación⁵⁵². Una posición que resulta un tanto contradictoria al admitir que el legislador había excluido la inclusión de este elemento como requisito típico, pero luego reconocer que implícitamente debiera asumirse como una exigencia subjetiva para la punibilidad de la conducta y que, de esta manera, el juez podía apreciarla (para estimar si una conducta debe o no ser sancionada en función de si concurre o no tal motivación). Así las cosas, como señala LUTHER, «la ley parece castigar por lo tanto un hecho fundado en una intención «presunta», admitiendo prueba en contrario»⁵⁵³. Se presume *ex lege* que la expresión de manifestaciones de este género está movida por tales ideas racistas o xenófobas, sin perjuicio de que se pueda demostrar en concreto que no es así, en cuyo caso las mismas no podrían ser castigadas.

Asimismo, la Corte reconocía que otro de los fines del legislador con esta legislación era la sanción no sólo a aquellas manifestaciones públicas que puedan dar prueba abierta e inequívoca de su carácter antisemita o de su afinidad a una ideología nazi, sino que ésta se hubiera extendido también a aquellas otras expresiones que, abusando de la libertad de expresión, y a través de métodos más sutiles y a menudo pseudo-científicos, pretenden propagar teorías que no

⁵⁵¹ [à présenter le génocide considéré sous un jour acceptable et à légitimer ainsi l'idéologie nazie] (B.7.9).

⁵⁵² En concreto afirmaba la Corte: «El juez puede deducir de las circunstancias particulares la ausencia, *in concreto*, de la voluntad indicada anteriormente» (B.7.10) [*Le juge peut déduire de circonstances particulières l'absence, in concreto, de la volonté indiquée plus haut*].

⁵⁵³ J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 274.

contribuyen a un debate histórico objetivo y científicamente fundado y con las cuales se intentaría, a través de la negación o justificación de los crímenes nazis, rehabilitar o legitimar este régimen o difundir su ideología (B.7.11).

Consideraba sin embargo la Corte que, tal y como se confirma de los trabajos preparatorios, la investigación científica en general, y la investigación histórica referida en particular al genocidio cometido por el nacionalsocialismo alemán en la Segunda Guerra Mundial, no caerían de ninguna manera bajo la aplicación de esta ley. Y, para ello, en una de las últimas afirmaciones que la Corte realizaba, ésta asumía que, consciente de la multiplicidad y la sutileza de las formas a través de las que pueden presentarse la expresión de tesis negacionistas, le corresponderá al juez penal determinar, en cada caso, donde cesa el carácter científico de la investigación⁵⁵⁴. A juicio de la Corte, el legislador con esta norma por supuesto que no pretende obstaculizar la libertad científica (B.7.14).

El motivo que habría movido al legislador al castigo de estas manifestaciones sería doble, y en ambos casos legítimos: en primer lugar, estas expresiones son castigadas en la medida que proporcionan una cobertura al antisemitismo y al racismo y constituyen así una amenaza para una sociedad democrática, dado que tenderían, como se ha dicho, a la rehabilitación de la ideología nazi. Se estaría protegiendo así la estabilidad de la propia democracia. Y, en segundo lugar, la Corte estimaba que esta intervención legislativa se justificaría también por el carácter ofensivo de tales opiniones para la memoria de las víctimas del genocidio, para sus supervivientes y para el pueblo judío en sí mismo (B.7.12).

Así las cosas, la Corte concluía considerando que, entendida de esta manera la medida, debía ser conforme a la libertad de expresión, tanto según el reconocimiento otorgado por la Constitución belga como conforme a los estándares internacionales. Era una ley que perseguía finalidades legítimas (B.7.12), resultaba necesaria y respondía a una «necesidad social imperiosa» (B.7.13). Afirmaba que esta ley no contenía ningún tipo de medida preventiva que viniera a vetar la difusión de forma previa de opiniones y afectaba a la manifestación de las mismas únicamente con carácter público o en ciertas

⁵⁵⁴ En tal sentido sostenía la Corte: «La definición que el legislador ha dado de los hechos punibles implica un poder de apreciación ejercido por el juez penal quien deberá determinar, según las circunstancias del caso, dónde cesa el carácter científico de la investigación en aras de la objetividad de la información. Este poder es necesario debido a la multiplicidad y la sutilidad de formas que pueden adoptar las expresiones de tesis negacionistas» (B.7.17) [*La définition que le législateur donne des faits punissables implique qu'un pouvoir d'appréciation soit exercé par le juge pénal qui devra déterminer, dans chaque cas, où cessent le caractère scientifique de la recherche et le souci d'objectivité dans l'information. Un tel pouvoir est nécessaire en raison de la multiplicité et de la subtilité des formes que peut emprunter l'expression des thèses négationnistes*].

circunstancias donde concurre una publicidad (B.7.14). La Corte entendía que «el legislador reprimió las manifestaciones de opiniones mencionadas no debido a su contenido sino debido a sus consecuencias nocivas para otros y para la sociedad democrática como tal»⁵⁵⁵. Una valoración que realizaba atendiendo únicamente a los motivos que movieron al legislador. La Corte admitía un «peligro/daño presunto» sobre el que además difícilmente cabría prueba en contrario: tales expresiones por su solo contenido se consideran o peligrosas para la estabilidad de la democracia o bien lesivas de la dignidad de los judíos. De forma que la Corte legitima tal restricción de la libertad de expresión porque «asume» (o «presume») que con la exposición pública de un discurso negacionista «los principios básicos de la sociedad democrática se encuentran amenazados y que resulta un daño inaceptable para otros» (B.7.15)⁵⁵⁶.

Para reforzar su decisión la Corte constataba que esta medida es hermana de otras iniciativas similares adoptadas en varios países europeos, por lo que con ella se pretendría también evitar que Bélgica, en ausencia de esta norma, se pudiera convertir entonces en refugio de negacionistas. Además, a mayor abundamiento recordaba el artículo 17 del Convenio europeo y cómo el mismo permite excluir de protección abusos en el ejercicio de derechos fundamentales (B.7.15 y 16).

Del mismo modo, la Corte también desechaba otros motivos presentados contra la Ley. Por un lado, no admitió que ésta resultara discriminatoria por sancionar únicamente el genocidio nazi (B.8). Consideró como justificación suficiente que el legislador hubiera valorado particularmente el negacionismo del Holocausto nazi porque éste se había multiplicado en los últimos años en paralelo a una vuelta de corrientes antidemocráticas y racistas (B.8.2). Una motivación que a juicio de la Corte no era ni errónea ni manifiestamente irrazonable. Por otro lado, tampoco admitió que esta norma resultara contraria a la libertad de enseñanza, en la medida que consideraba que el respeto de la obligación de neutralidad en la enseñanza no ampara a expresiones que, como las negacionistas, afectan al honor y a la reputación de otros y constituyen una amenaza para la democracia (B.10).

En síntesis, la Corte en esta sentencia legitimó el tipo penal que castigaba sin mayor cualificación ofensiva cualquier expresión pública de negacionismo del Holocausto y justificó incluso la formulación del mismo como un delito de peligro abstracto-presunto, tanto por la peligrosidad para la estabilidad del orden

⁵⁵⁵ [Le législateur a réprimé les manifestations d'opinions susvisées non pas à cause de leur contenu mais à cause de leurs conséquences nuisibles pour autrui et pour la société démocratique en tant que telle] (B.7.14).

⁵⁵⁶ [que le principes de base de la société démocratique s'en trouvent menacés et qu'il en résulte un dommage inacceptable pour autrui].

democrático como por su carácter *per sé* insultante u ofensivo para el colectivo judío; aunque, al mismo tiempo, reconocía al juez la posibilidad en concreto de verificar la antijuridicidad material de la conducta para romper la presunción de ofensividad, constatando por un lado si concurría al menos el elemento tendencial de pretender ofender o rehabilitar el nacionalsocialismo, y, por otro, verificando si tal discurso podía considerarse dentro del espacio protegido por la libertad científica atendiendo al rigor del trabajo en cuestión.

1.2.2. Luxemburgo

Luxemburgo reformó su Código penal en 1997 para incluir un capítulo que venía a incriminar conductas referidas al racismo, al revisionismo y a otras formas de discriminación. En concreto se incorporaba el art. 457.3 por el que se sancionaban expresamente las conductas de negacionismo⁵⁵⁷. Este artículo ha sido modificado por la Ley de 13 de febrero de 2011, en los siguientes términos:

«Artículo 457-3.

(1) Será castigado a prisión de ocho días a dos años y de una multa de 251 euros a 25.000 euros o a una de las dos penas solamente el que, o por medio de discursos, gritos o amenazas pronunciadas en lugares o reuniones públicas, o por escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier otro medio de soporte de la escritura, de la palabra o de la imagen vendidos o distribuidos, puesto a la venta o expuesto en lugares o reuniones públicas, o por anuncios o carteles expuestos al público, o por cualquier medio de comunicación audiovisual, cuestione, minimice, justifique o niegue la existencia de uno o de varios crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra tal y como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y que hayan sido cometido o bien por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho Estatuto, o bien por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción luxemburguesa, extranjera o internacional.

(2) Será castigado con las mismas penas o con una de ellas solamente el que, por uno de los medios enunciados al apartado anterior, cuestione, minimice, justifique o niegue la existencia de uno o de varios genocidios tal como son definidos por la ley de 8 de agosto de 1948 para la represión del genocidio y por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, así como de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, tal y como se definen en los artículos 7 y 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional y que sean reconocidos por una jurisdicción luxemburguesa o internacional.»⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Vid. J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 266.

⁵⁵⁸ [Art. 457-3.

Destaca de este precepto su carácter omnicomprendido de cualquier conducta negacionista, extendiendo de manera notable el ámbito de punibilidad y desbordando los términos de la normativa francesa que claramente lo influencia. En tal sentido, el precepto luxemburgués, a diferencia del francés en el que se incrimina únicamente las conductas de «cuestionar» (*contester*), o del belga que incluía junto a las conductas de «negación» y de «aprobación» también el «intento de justificar» y la «minimización», pero sólo cuando se realizara «groseramente»; aquí se recogen las conductas de «negación» como de «cuestionar» (tanto «*nier*» como «*contester*»), y la «justificación» y «minimización», pero sin ninguna exigencia típica que cualifique las mismas. Así, en principio, la mera «minimización» o discusión de alguno de los extremos referidos a tales hechos sería constitutiva de la conducta típica. El objeto de la negación será cualquier genocidio o crimen contra la humanidad, tal y como son definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el Estatuto del actual Tribunal Penal Internacional. De esta manera, también se trasciende del ámbito del delito conocido como la «mentira de Auschwitz», donde se incrimina únicamente el genocidio o los crímenes cometidos bajo el régimen nacionalsocialista. Ahora bien, la referencia al actual marco del Estatuto del Tribunal Penal Internacional confirma la punibilidad de aquellos actos de negacionismo de cualquier genocidio o crimen contra la Comunidad Internacional, y no sólo de los cometidos en la Segunda Guerra Mundial por el Eje. Eso sí, como el precepto francés, se limita a aquellos crímenes que hubieran sido reconocidos como tales o bien por la propia jurisdicción luxemburguesa o por un tribunal internacional o, y aquí un añadido

(1) Est puni d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 251 euros à 25.000 euros ou de l'une de ces peines seulement celui qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication audiovisuelle, a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs crimes contre l'humanité ou crimes de guerre tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction luxembourgeoise, étrangère ou internationale.

(2) Est puni des mêmes peines ou de l'une de ces peines seulement celui qui, par un des moyens énoncés au paragraphe précédent, a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs génocides tels qu'ils sont définis par la loi du 8 août 1985 portant répression du génocide et par l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale, ainsi que des crimes contre l'humanité et crimes de guerres, tels qu'ils sont définis aux articles 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale et reconnus par une juridiction luxembourgeoise ou internationale.](Fuente: Gobierno Luxemburgués).

novedoso, por otra jurisdicción nacional⁵⁵⁹. Resalta que tampoco en este precepto se incluye ningún otro límite a la conducta típica: ni exigencia de motivación subjetiva, ni se define ningún grupo específico al que pueda incitar al odio o a la violencia, ni se exige que pueda resultar perturbadora del orden público o amenazante, abusiva o insultante.

Las penas son moderadas, de prisión de entre 8 días a un año y multa, o únicamente una de ellas.

1.2.3. Países Bajos

Los Países Bajos no disponen de una legislación específica para combatir el negacionismo, por lo que en aras de poder respetar su situación realizó una declaración en el seno del Consejo sobre los efectos de la Decisión marco advirtiendo que la misma no comportaría la introducción de medidas penales adicionales en este país.

Así las cosas, en los Países Bajos las conductas de incitación al odio o a la violencia o al abuso sobre la base de ideas racistas o xenófobas son susceptibles de ser sancionadas como una forma de injurias de conformidad con los artículos 137.d y 137.c de su Código Penal (Sr). El art. 137.d⁵⁶⁰, en lo que es relevante a estos delitos, castiga la incitación pública al odio o a la discriminación o a la violencia contra una persona o contra su propiedad sobre la base de su raza, ideas, religión, condición sexual, física o mental. La pena puede llegar a un año de prisión o multa. El art. 137.c⁵⁶¹, por su parte, incrimina como delito a quien deliberadamente

⁵⁵⁹ Sin embargo, no se comprende bien por qué esta última cláusula de otra jurisdicción «extranjera» no se recoge en el apartado 2º para los crímenes definidos por el Estatuto de la actual Corte Penal Internacional en donde se refiere únicamente a la jurisdicción luxemburguesa o internacional.

⁵⁶⁰ «**Article 137d:** (1) *Any person who publicly, orally or in writing or pictures incites hatred or discrimination against persons or violence against the person or personal property on the basis of race, religion or belief, heterosexual or homosexual orientation or physical, psychological or mental disability shall be punishable by a prison sentence of up to one year or a category 3 fine.*

(2) *If the offence is committed by a person professionally or habitually or by two or more persons in association, the penalty shall be a prison sentence of up to two years or a category 4 fine.»* (Fuente: Gobierno de los Países Bajos).

⁵⁶¹ «**Article 137c:** (1) *Any person who publicly, orally or in writing or pictures makes deliberately insulting statements about a group of persons on the basis of their race, religion or belief, heterosexual or homosexual orientation or physical, psychological or mental disability shall be punishable by a prison sentence of up to one year or a category 3 fine.*

(2) *If the offence is committed by a person professionally or habitually or by two or more persons in association, the penalty shall be a prison sentence of up to two years or a category 4 fine.»* (Fuente: Gobierno de los Países Bajos).

realice manifestaciones insultantes públicamente, oralmente o por escrito o a través de imágenes, sobre un grupo de personas por los motivos señalados anteriormente y con la misma pena de un año de prisión o multa.

Estos tipos penales serían extensibles también a las conductas de negacionismo de crímenes contra la humanidad, tal y como vienen definidas en el art. 1, apartados c) y d) de la Decisión marco, en la medida que puedan resultar incitadoras al odio, a la violencia o supongan una ofensa por motivos raciales o religiosos. En tal sentido, la Corte Suprema se pronunció en 1997 admitiendo la sanción de unas expresiones de negacionismo del Holocausto conforme al art. 137c por considerarlas ofensivas contra los judíos vivos⁵⁶².

Todas estas conductas, como se ha visto, sólo pueden ser sancionadas en la medida que revistan una naturaleza tal que las haga susceptibles de poder incitar al odio o a la violencia o para resultar insultantes sobre la base de los motivos discriminatorios señalados. También puede ser condenada la incitación a tales delitos y otras formas de colaboración (arts. 47 y 46a Sr).

1.3. El anti-negacionismo en la Europa meridional

1.3.1. Portugal

Portugal sanciona específicamente las manifestaciones negacionistas pero como una forma particular de expresiones difamatorias. El Capítulo II (De los crímenes contra la humanidad), del Título III (De los crímenes contra la paz y la humanidad), del Libro II (Parte especial) de su Código penal se abre con los delitos de «incitación y conspiración al genocidio» (art. 239) y con el delito de «discriminación racial, religiosa o sexual» (art. 240)⁵⁶³. Es éste, el art. 240 Cp., el que recoge en su apartado 2º letra b) la referencia en concreto a las conductas negacionistas en los siguientes términos: *«(2) Cualquiera que cometa los siguientes actos, en un encuentro público, por escrito destinado a la divulgación o a través de cualquier medio de comunicación o sistema de información dirigido a la publicación, con la intención de incitar o alentar la discriminación racial, religiosa o sexual, será castigado con pena de prisión de seis meses a 5 años: [...] b) difamando o insultando una persona o grupo de personas debido a su raza, color, étnia o origen nacional,*

⁵⁶² Sentencia de la Corte Suprema HR de 25 de noviembre de 1997, NJ 1998, 261 (Cfr. J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 268).

⁵⁶³ Asimismo se debe tener en consideración el art. 297 Cp. que castiga la «instigación pública al delito». Un análisis detallado de estos preceptos, aunque con la normativa parcialmente modificada, se encuentra en J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 194 y ss.

religião, sexo o orientação sexual, em particular a través de la negación de crímenes de guerra o de crímenes contra la paz y la humanidad;»⁵⁶⁴.

Las conductas negacionistas castigadas vienen referidas de manera genérica a cualquier crimen de guerra o contra la humanidad sin mayor restricción ni temporal, ni de referencia a los genocidios o crímenes concretamente cometidos por un régimen determinado, ni siquiera que estos crímenes hayan sido reconocidos como tales judicialmente. Se trata, por tanto, de una conducta muy

⁵⁶⁴ El texto en portugués del precepto completo es:

«Artigo 240º - Discriminação racial, religiosa ou sexual

1 - Quem:

a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género, ou que a encorajem; ou

b) Participar na organização ou nas atividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento; é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação:

a) Provocar atos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género; ou

b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; ou

c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo, orientação sexual ou identidade de género;

com a intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar, é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.» (Fuente: Biblioteca Digital Jurídica. Texto accesible en: http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=1172842M). La última reforma a este precepto ha sido dada por la Ley nº 19/2013, de 21-02-2013, art. 2º.

El texto en inglés: **«Article 240: (1) The following shall be punished by a prison sentence of one to eight years:**

a) anyone who forms or establishes an organisation or carries out organised propaganda activities inciting or encouraging discrimination, hatred or violence against a person or group of persons due to their race, colour, ethnic or national origin, religion, sex or sexual orientation; or

b) anyone who participates in the organisation or in the activities referred to in the previous subparagraph or provides assistance to them, including their financing.

(2) Anyone who commits the following acts, at a public meeting, through a written document intended for publication or through any form of media or information system intended for publication, with the intention of inciting or encouraging racial, religious or sexual discrimination, shall be punished by a prison sentence of six months to five years:

a) provoking acts of violence against a person or group of persons due to their race, colour, ethnic or national origin, religion, sex or sexual orientation; or

b) defaming or insulting a person or group of persons due to their race, colour, ethnic or national origin, religion, sex or sexual orientation, in particular through the denial of war crimes or crimes against peace and humanity; or

c) threatening a person or group of persons due to their race, colour, ethnic or national origin, religion, sex or sexual orientation.» (Fuente: Gobierno portugués).

abierta pero, al mismo tiempo, la misma sólo viene castigada en la medida que suponga un acto de «difamación» o «insulto» contra una persona o grupo de personas. La conducta de negar un crimen de guerra o contra la humanidad es una ejemplificación a través de la cual el legislador quiere manifestar el hecho de que tales conductas pueden resultar (o resultan) difamatorias o insultantes. No obstante, puede plantearse la duda de hasta dónde se lleva la interpretación de la cláusula: podría sostenerse que el legislador portugués ha considerado como difamatoria «toda» manifestación negacionista; pero podría interpretarse también, no como una presunción de que cualquier forma de negacionismo vaya a ser insultante, sino, más bien, como una indicación de que este tipo de discursos pueden, según el tenor, contenido y circunstancias, resultar precisamente una forma de insulto. En cualquier caso, lo que sí que parece claro es que el bien jurídico del delito debe encontrarse en valores de naturaleza personalista, como sería el honor o la dignidad humana en sentido individual. Por su parte, cabe señalar la diferencia con la conducta recogida en la letra a) de ese mismo apartado segundo, donde la conducta castigada ya no sería la de difamación, sino la de «provocación a actos violentos» contra tales personas o grupos, y la letra b) que sanciona conductas de «amenaza». Por tanto, el negacionismo para la legislación portuguesa se inscribe, no como una conducta de «incitación a la violencia» o de «amenaza», sino como un acto de «difamación» en salvaguarda de bienes individuales.

Además, todas estas conductas comparten para resultar típicas una triple limitación: A) Que sean «públicas», y para considerarse como tales será necesario o que se hagan a través de un escrito dirigido a su publicación o a través de medios de comunicación o información públicos. De esta manera parece que no quedan incriminadas las conductas realizadas ante grupos limitados de personas o, incluso, en actos como pueden ser conferencias que no vayan a ser publicadas, retransmitidas o difundidas a través de medios de comunicación o información. B) El precepto también exige como requisito típico unas «*intenciones adicionales*»: se exige que los actos sean realizados «*con la intención*» de incitar o alentar a la discriminación de tipo racial, religiosa o sexual. C) Por último, se impone que la difamación o insulto sean «*debidos a*» («*por causa*» de) *la condición racial, el color, la étnia u origen nacional, la religión, el sexo o la orientación sexual de la persona o grupo*. El precepto «reduplica»⁵⁶⁵ así el elemento subjetivo al exigir que los

⁵⁶⁵ A este respecto indica LANDA GOROSTIZA que este elemento supone «un reforzamiento del aspecto subjetivo en la medida en que requeriría un elemento subjetivo adicional más allá del dolo. Lo relevante en este caso es que, de forma añadida, **se reduplica** dicho elemento subjetivo en la medida en que se exige que la conducta se realice con **intención de incitar a la discriminación**

motivos por los cuales se realiza tal insulto sean de un tipo (racistas, xenófobos...) particularmente reprochable⁵⁶⁶. Además, es aquí donde el tipo penal recoge la mención «en particular» referido a las expresiones negacionistas. Parece por tanto que lo que el legislador ha querido expresar es que tales conductas de difamación o insulto por motivos racistas o xenófobos se presentan «sobre todo» o «particularmente» («*nomeadamente*») a través de estas expresiones de negacionismo. Ahora bien, por más que con esta mención expresa el legislador enfatiza que tales conductas generalmente van a resultar difamatorias y que incorporan tales motivaciones, creo que no ofrece una presunción indestructible y, diría aún más, no invierte ni siquiera la carga de la prueba a este respecto. Así entendido, para poder determinar que una expresión que suponga la negación de un crimen de guerra es una conducta típica, habrá que probar en concreto, en primer lugar, que resulta difamatoria o insultante para la persona o personas contra las que se dirige, y que, además, fue realizada con la intención de incitar o alentar a la discriminación (algo que supone una intención subjetiva de provocar una acción *ad extra* contra una persona o grupo de personas), y, aún más, que bajo tal expresión había también unos motivos racistas o xenófobos (que supone una nueva valoración subjetiva pero en este caso de los motivos íntimos que llevaron al autor a realizar tales negaciones).

1.3.2. Grecia

El Gobierno griego no ha transmitido la información acerca de su legislación a la Unión Europea por lo que son escasos los datos que han podido obtenerse. Parece que Grecia no dispone de una legislación específica contra el negacionismo ni en general contra el racismo y la xenofobia, más allá de una ley de 1979 que venía a incriminar actos de instigación a la discriminación, al odio o a la violencia por motivos raciales o de nacionalidad⁵⁶⁷. Queda abierta la cuestión sobre cómo responderá Grecia a las exigencias derivadas de la Decisión marco europea.

racial o de fomentarla» (*La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 197 –énfasis en el original-).

⁵⁶⁶ La interpretación del tipo no parece ir referida, como ocurre con otras cláusulas similares, a un elemento objetivo que defina un «grupo diana» por aspectos religiosos u otros; sino que a mi juicio lo que exige es una particular motivación que sirve de base al insulto o a la expresión difamatoria.

⁵⁶⁷ Una breve referencia sobre el marco legal a este respecto se encuentra en D. PERDURANT, «Antisemitism in Contemporary Greek Society» [en línea], Acta n. 7, Jerusalem, 1995. Texto accesible en: <http://sicsa.huji.ac.il/7perd.htm>

1.3.3. Chipre

Chipre en 2004 recogió en su ley de ratificación del protocolo adicional de la Convención sobre el Cibercrimen un artículo que venía a sancionar conductas de «negación», «minimización grosera», «aprobación» o «justificación» de actos constitutivos de genocidio o de crímenes contra la humanidad, cometidos a través de medios informáticos y con la intención de incitar al racismo y a la xenofobia⁵⁶⁸. En 2011 ha aprobado específicamente una ley para el «combate de ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia a través del derecho penal» en transposición de la Decisión Marco europea.

Así las cosas, esta Ley en su artículo 3 recoge un apartado 2º que viene a incriminar las conductas negacionistas de la siguiente forma:

«(2) De conformidad con las disposiciones del párrafo (3), una persona que intencionalmente y en manera que sea idónea para perturbar el orden público o que sea amenazante, abusiva o insultante en cualquier forma,

(a) haga apología pública, niegue o trivialice groseramente crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como se definen en los Artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigidas 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 sean idóneas para incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo, o

(b) realice apología pública, niegue o trivialice groseramente crímenes definidos en el Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, el texto del Artículo tal y como es establecido en la Parte I de la tabla original en inglés y en su traducción en Griega establecida en la Parte II de la tabla, 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 sean idóneas para incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo,

serán castigadas con una pena de un máximo de cinco años de prisión o una multa que no exceda los 10.000€, o ambas.

(3) Los actos de negación o de grosera trivialización de los crímenes referidos en los párrafos (2)(a) y (b) serán constitutivos de delito conforme al párrafo (2) sólo si los crímenes referidos han sido establecidos por una decisión final de una corte internacional»⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ La Ley nº 26(III)/2004 en el artículo 7 recogía: «any person, who, with the intent to incite racism and xenophobia, intentionally and without right, through a compute system, denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide and acts against humanity, commits a crime punishable up to 5 years imprisonment and/or a fine up to 20.000 CYP» (Cfr. J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 268).

⁵⁶⁹ [Article 3.: (2) Subject to the provisions of paragraph (3), a person who intentionally and in a

Como se observa, la Ley de transposición chipriota recoge de manera prácticamente literal el texto de la Decisión marco europea incluyendo en las cuestiones que ésta dejaba abierta todos los elementos tendentes a restringir el ámbito de la conducta típica. De esta suerte, las conductas sancionadas son las establecidas por la Decisión marco: «apología pública», «negación» y «trivialización grosera», las cuales además deben ir dirigidas contra un determinado grupo de personas que debe quedar definido por unas características raciales, étnicas, nacionales, etc. En este caso se trata siempre de elementos objetivos de la conducta típica. Además, la conducta será típica únicamente cuando sea idónea a «incitar a la violencia o al odio» contra tales grupos. No queda claro si se trata de una idoneidad potencial o concreta. El objeto de la negación serán tanto los crímenes de genocidio o contra la humanidad y los crímenes de guerra tal y como quedaban establecidos o en el Estatuto del Tribunal de Núremberg o en el Estatuto del actual Tribunal Penal Internacional. Ahora bien, Chipre se acoge también a la cláusula en virtud de la cual sólo podrán ser sancionadas expresiones negacionistas contra crímenes que hayan sido determinados como tales por decisión, en este caso, de un tribunal internacional.

Por último, la legislación chipiotra incluye como elementos del tipo penal, en primer lugar, uno subjetivo, aunque de modo genérico, y es la exigencia de que se actúe «intencionadamente»; y, en segundo lugar, a la idoneidad para incitar al odio o a la violencia, añade exigir que la conducta resulte o idónea para perturbar la paz pública o amenazante, abusiva o insultante. Recoge así el «batiburrillo» que

manner likely to disturb public order or which is threatening, abusive or insulting in any way,

(a) publicly condones, denies or grossly trivialises crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes as defined in Articles 6, 7 and 8 of the Statute of the International Criminal Court, directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin when the conduct is carried out in a manner likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group, or

(b) publicly condones, denies or grossly trivialises crimes defined in Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal, the text of the Article being set out in Part I of the Table in the English original and its translation in Greek being set out in Part II of the Table, directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin when the conduct is carried out in a manner likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group,

shall be guilty of committing an offence and shall be subject to a maximum of five years' imprisonment or a fine not exceeding EUR 10 000, or both.

(3) The act of denying or grossly trivialising the crimes referred to in paragraphs (2)(a) and (b) constitutes a criminal offence pursuant to paragraph (2) only if the crimes referred to have been established by a final decision of an international court.] (Fuente: Gobierno chipriota).

hace la legislación europea donde incrimina un combinado de conductas, algunas tendentes a proteger la «paz pública» y otras dirigidas a la protección de bienes individuales como el honor o la dignidad de las personas, pero, en todo caso, debiendo representar una provocación a la violencia o al odio.

Esta Ley también castiga en el artículo 4^o actuaciones de consejo, promoción o incitación a la comisión de los delitos.

1.3.4. Malta

Malta ha incriminado las conductas de negacionismo en aplicación de la Decisión marco europea a través de una reforma del Capítulo 9 de su Código penal introducida por la Ley n^o XI de 17 de julio de 2009, en concreto con la inclusión de los artículos 82B y 82C. El primero de estos artículos, el 82B, establece:

«Aquel que realice apología pública, niegue o trivialice groseramente el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, en forma dirigida contra un grupo de personas o 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 sean realizadas en modo que sean:

a) idóneas para incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o contra el miembro del mismo;

b) idóneas para para perturbar la paz pública o sean amenazantes, abusivas o insultantes,

les serán, mediante condena, impuestas penas de prisión de ocho meses a dos años.

A los efectos de este artículo “genocidio”, “crímenes contra la humanidad” y “crímenes de guerra” tendrán el mismo significado que el asignado en el artículo 54A.»⁵⁷⁰.

El artículo 82C, por su parte, recoge el mismo texto pero en este caso el objeto de la negación son «crímenes contra la paz», los cuales define además en el propio precepto⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ [Article 82B.: Whosoever publicly condones, denies or grossly trivialises genocide, crimes against humanity and war crimes directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin when the conduct is carried out in a manner –

(a) likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group;

(b) likely to disturb public order or which is threatening, abusive or insulting,

shall, on conviction, be liable to imprisonment for a term from eight months to two years.

Provided that for the purposes of this article “genocide”, “crimes against humanity” and “war crimes” shall have the same meaning assigned to them in article 54A.] (Fuente: Gobierno maltés).

A la luz del mismo se observa cómo se viene a dar también transcripción casi literal de la normativa europea, aunque en este caso de forma más ordenada. Se sanciona la negación de cualquier tipo de genocidio, crimen contra la paz o contra la humanidad y, además, en el caso de Malta no se requiere que los mismos hayan sido declarados como tales por un tribunal. Las conductas típicas serían las mismas que recoge la Decisión marco («apología pública», «negación» y «trivialización grosera») y, al igual que ésta, establece que deberán ir dirigidas contra un grupo o persona definidos por caracteres raciales, étnicos, etc. Además se exige (alternativamente) que sean conductas susceptibles: a) de incitar a la violencia y al odio; b) idóneas para perturbar el orden público; c) que resulten amenazantes, abusivas o insultantes. El art. 82D castiga por su parte las conductas de incitación a la comisión de estos delitos.

1.4. La reticente lucha contra el negacionismo en la Europa anglosajona

1.4.1. **Reino Unido**⁵⁷²

La particular estima que se tiene en el ámbito anglosajón a la libertad de expresión ha llevado a que el Reino Unido no disponga de una norma concreta que venga a incriminar las expresiones negacionistas, de manera que las mismas sólo podrán ser sancionadas cuando concurren en ellas los requisitos típicos de la legislación general en el marco de la normativa contra la incitación al odio racial. A

⁵⁷¹ «**Article 82.C:** (1) *Whosoever publicly condones, denies or grossly trivialises crimes against peace directed against a group of persons defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin or against a member of such a group when the conduct is carried out in a manner –*

(a) likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group;

(b) likely to disturb public order or which is threatening, abusive or insulting,

shall, on conviction, be liable to imprisonment for a term from eight months to two years.

(2) For the purposes of this article a crime against peace means conduct consisting in:

(a) the planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;

(b) participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts referred to in paragraph (a).» (Fuente: Gobierno maltés).

⁵⁷² Debe tenerse en cuenta la complejidad del marco normativo del Reino Unido, en el cual ni siquiera en el ámbito penal Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte comparten una misma normativa. Las referencias aquí recogidas se realizan de modo genérico por lo que deberá tenerse en cuenta que pueden existir peculiaridades según el territorio dentro del propio Reino Unido. En particular la *Public Order Act* en sus artículos 18 a 22, que son las que mayor relevancia presentan a los efectos de la sanción de conductas negacionistas, según informa el Gobierno británico tendría aplicación en Inglaterra, Gales y Escocia. Sin embargo el Gobierno no informa de cuál sería la legislación aplicable en Irlanda del Norte.

estos efectos destaca la *Public Order Act* de 1986⁵⁷³, cuya Parte III recoge toda una serie de delitos de incitación al odio racial y religioso. Se debe tener presente que los delitos recogidos por esta norma exigen para poder castigar las manifestaciones que éstas resulten «amenazantes, abusivas o insultantes», lo que excluye de sanción a aquellas expresiones que, por más que su contenido pueda resultar odioso, sin embargo se presenten de manera moderada o sutil. Esto es especialmente relevante frente a las expresiones negacionistas que, como se ha visto, normalmente no constituyen un insulto directo o una amenaza contundente, sino que se caracterizan por su lenguaje sibilino y en ocasiones pseudo-científico. Además, en estos delitos se requiere también probar que tales conductas sean susceptibles de generar incitación al odio o que sean expresadas con tal intención, algo que tampoco es fácil de determinar con carácter general para las manifestaciones negacionistas⁵⁷⁴. Es por ello que en definitiva resulta difícil, conforme al marco jurídico del Reino Unido, lograr una sanción para este tipo de conductas.

En 1997 se presentó una propuesta de ley que pretendía incluir en la sección 18 de la *Public Order Act* un artículo que viniera a castigar la negación del Holocausto. En concreto pretendía que por ley se estableciera que la negación del Holocausto fuera considerada, por su propio contenido, como un intento de instigación al odio. Esta propuesta de ley se bautizó como «*The Holocaust Denial Bill*» pero finalmente no logró culminar su tramitación parlamentaria⁵⁷⁵.

Más allá de la lucha penal contra el negacionismo, como se ha introducido en el Capítulo 2⁵⁷⁶, fue célebre en Reino Unido el caso Lipstadt, en el que David IRVING demandó por difamación a la historiadora americana Deborah LIPSTADT y a su editor Penguin Books por su obra «*Denying the Holocaust*» (1994), en la que se decía de aquél era un manipulador y que había distorsionado evidencias históricas.

⁵⁷³ De interés es también la reforma introducida en la misma por la *Racial and Religious Hatred Act* de 2006. El texto de la *Public Order Act* actualizado se encuentra disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/contents>

Por su parte, también cabe destacar otras normas como la *Crimes and Disorder Act 1986*, la *Malicious Communications Act 1988*, la *Protection from Harassment Act 1997* y la *Race Relations Act 1976*.

⁵⁷⁴ Para un estudio detallado de la legislación inglesa y las dificultades de su aplicación en el caso del negacionismo, *vid.* INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom*, *op. cit.* En general sobre la incriminación del discurso racista, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.; y, con un acercamiento jurisprudencial, *vid.* M. ROSENFELD, «Hate speech in constitutional jurisprudence...», *op. cit.*, *in toto*.

⁵⁷⁵ Sobre la tramitación y contenido de esta reforma, *cfr.* INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom*, *op. cit.*

⁵⁷⁶ *Vid. supra* Cap. 2, epígrafe 3. Allí se puede encontrar también bibliografía específica sobre este asunto.

La historiadora LIPSTADT para defenderse de tal demanda se valió entonces de numerosas pruebas e informes de prestigiosos académicos en diferentes áreas que examinaron la obra del Sr. IRVING para demostrar que no sólo es que hubiera cometido errores, sino que deliberadamente había falsificado hechos históricos para avalar así sus posiciones ideológicas y políticas. Finalmente, los tribunales británicos juzgaron a favor de la Sra. LIPSTADT, desestimando la demanda civil por difamación, y concluyeron que ésta había justificado suficientemente sus afirmaciones y que David IRVING, a la luz de las evidencias aportadas, había tergiversado intencionadamente hechos referidos con el Holocausto nazi. Un serio revés judicial a la causa negacionista.

1.4.2. Irlanda

El caso de Irlanda es muy similar al del Reino Unido y, como señala el Gobierno irlandés, en atención al amplio reconocimiento de la libertad de expresión que es propio de estos países, no puede disponer de una normativa que incrimine de manera concreta las conductas de negacionismo. Así las cosas, su sanción sólo será posible dentro del marco general de los delitos de incitación al odio que en el caso irlandés vienen regulados principalmente en la Sección 2ª de la *Prohibition of Incitement to Hatred Act 1989*.

El problema que plantea esta legislación cara a la incriminación del negacionismo es que, como ocurría en Gran Bretaña, sólo resultarán punibles aquellas conductas que resulten «amenazantes, abusivas o insultantes» y en las que o bien el autor pretenda instigar al odio o la conducta, tenidas en cuenta todas las circunstancias, sea idónea para instigar al odio.

Así que, vistas las características del tipo de manifestaciones negacionistas, parece que en el marco de la legislación irlandesa resultará igualmente difícil que sean castigadas expresiones negacionistas.

1.5. Similares reticencias en la lucha contra el negacionismo en los países nórdicos

1.5.1. Dinamarca

Dinamarca no cuenta con una legislación específica contra el negacionismo y como informa su Gobierno no ha llevado a cabo ninguna adaptación en su normativa para trasponer la Decisión marco europea, entendiendo que la

legislación general existente en este país era suficiente para dar cumplimiento a las exigencias europeas. En tal sentido, las expresiones negacionistas podrían, llegado el caso, ser sancionadas conforme a los artículos 136 y 266b de la *Criminal Justice Act* danesa.

El art. 136 incrimina las conductas de incitación pública al delito, castigando de manera especial cuando la misma se refiera a delitos que afectan a la independencia y seguridad del Estado o contra la Constitución y las autoridades del Estado, delitos de terrorismo, etc.⁵⁷⁷. El art. 266b, por su parte, sería de más fácil aplicación para el caso de las conductas de negacionismo, ya que viene a castigar la expresión pública de manifestaciones que puedan resultar amenazantes, insultantes o abusivas para un grupo de personas por motivos de su raza, color, nacionalidad u origen étnico, pensamientos u orientación sexual⁵⁷⁸.

1.5.2. Suecia

Suecia tampoco ha dispuesto de una legislación específica contra las expresiones negacionistas y por ello se acoge a la cláusula del art. 1.2 de la Decisión Marco europea para justificar que bajo su ordenamiento sólo sean sancionables aquellas conductas susceptibles de perturbar la paz pública o que resulten amenazantes, abusivas o insultantes. En tal caso resultaría de aplicación el artículo 8 del Capítulo 16 del Código penal que regula el delito de agitación contra un grupo nacional o étnico, el cual viene a castigar conductas de amenaza o desprecio públicos contra un grupo de personas por motivo de su raza, color, nacionalidad u origen étnico, religión, creencia u orientación sexual⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ «**Section 136:** (1) A person who without incurring a heavier penalty publicly incites an offence shall be punishable by a fine or a term of imprisonment not exceeding four years.

(2) A person who publicly and expressly condones one of the offences referred to in Chapter 12 or Chapter 13 of this Act shall be punishable by a fine or a term of imprisonment not exceeding two years.» (Fuente: Gobierno danés).

⁵⁷⁸ «**Section 266b:** (1) A person who publicly or with a view to circulation in a wide circle makes statements or other utterances by which a group of people is threatened, insulted or abused by reason of their race, colour, national or ethnic origin, beliefs or sexual orientation shall be liable to a fine or a term of imprisonment of up to two years;

(2) In sentencing, it shall be considered an especially aggravating circumstance that the offence is in the nature of propaganda.» (Fuente: Gobierno danés).

⁵⁷⁹ «**Section 8 – C. 16:** A person who, in a disseminated statement or communication, threatens or expresses contempt for a national, ethnic or other such group of persons with allusion to race, color, national or ethnic origin, religious belief or sexual orientation shall be sentenced for agitation against a national or ethnic group to imprisonment for at most two years or, if the crime is petty, to a fine.

If the crime is regarded as gross, a custodial sentence of between six months and four years shall be imposed. In judging whether the crime is gross, particular consideration shall be given to whether the

1.5.3. Finlandia

Finlandia, a pesar de haber aprobado una ley para la reforma de su Código penal en transposición de la Decisión marco europea⁵⁸⁰, no recoge sin embargo ningún tipo específico para incriminar conductas negacionistas. Como en el resto de países nórdicos las posibilidades de sancionar expresiones negacionistas se limitan al marco general en este caso de los delitos de «agitación étnica» y de «agitación étnica agravada» recogidos en los artículos 10 y 10a del Capítulo 11, referido a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Estos delitos sancionan conductas de expresiones públicas en las que un grupo de personas pueda verse amenazado, insultado o difamado sobre la base de su condición racial, de color, nacimiento, nacionalidad u origen étnico, religión o creencia, orientación sexual o discapacidad o cualquier otra motivación similar. Serán agravadas tales expresiones cuando sean susceptibles de incitar o persuadir a otra persona a cometer o actos de genocidio o crímenes contra la humanidad o a cometer otros actos de violencia⁵⁸¹.

communication had a particularly threatening or insulting content and was disseminated to a large number of people in a way that was liable to attract considerable attention. (Law 2002:800)»
(Fuente: Gobierno sueco).

Otros artículos que pueden resultar de relevancia serían la sección 5ª del Capítulo 16 que recoge el delito de incitación a la rebelión y la sección 5ª del Capítulo 4 con el delito de amenazas ilícitas.

⁵⁸⁰ Ley 511/2011.

⁵⁸¹ **«Section 10 Ethnic agitation**

A person who makes available to the public or otherwise spreads or posts information, opinions or other statements where a group is threatened, insulted or defamed on the basis of race, colour, birth, national or ethnic origin, religion or belief, sexual orientation or disability or another comparable motive shall be sentenced for ethnic agitation to a fine or to prison for no more than two years.

Section 10 a Aggravated ethnic agitation

If the ethnic agitation involves inciting or persuading another person to commit

1) genocide or its preparation, a crime against humanity, an aggravated crime against humanity, a war crime, an aggravated war crime, murder or manslaughter committed with terrorist intent or

2) an act of violence other than that referred to in point 1 above in a manner that clearly endangers public law and order, and the act is also deemed to constitute aggravated ethnic agitation when assessed in its entirety, the author of the crime shall be sentenced to prison for aggravated ethnic agitation for a period of at least four months but no more than four years.» (Fuente: Gobierno finés).

1.6. La Europa del Este en la lucha contra el negacionismo y su particular sensibilidad por los crímenes comunistas

1.6.1. **Polonia**

En Polonia, según el Gobierno de este país, su Código penal no recoge ninguna norma específica contra el negacionismo, si bien su artículo 256 sanciona a quien públicamente venga a promover un sistema fascista o cualquier otro régimen totalitario o incite al odio sobre la base de criterios de nacionalidad, étnia, raza o religión. Conducta en la que, según se interpretara, pudieran incluirse ciertos actos de negacionismo como formas de promoción de tales sistemas totalitarios. Las penas que se imponen para este delito son de multa, otras posibles medidas que no implican la prisión, o prisión de hasta dos años. Además, en su apartado 3º específicamente declara que quedarán exentas de responsabilidad penal cuando se incurra en las acciones señaladas pero con fines artísticos, educativos o científicos⁵⁸².

Por su parte, en 1998 fue aprobada la Ley para el Instituto de la Memoria Nacional – Comisión para la persecución de crímenes contra la Nación polaca (*Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation*), que incluye un Capítulo 7º con disposiciones penales, entre las cuales el artículo 55 recoge un tipo específico que viene a incriminar las expresiones de negación de ciertos delitos⁵⁸³: «Cualquiera que públicamente y de forma contraria a los hechos niegue los crímenes referidos en el artículo 1, punto 1 será sancionado a pena de multa o a una pena de prisión de cómo máximo 3 años. La

⁵⁸² «**Article 256**

1. Persons who publicly promote a fascist or other totalitarian political system or incite hatred on the grounds of national, ethnic, racial or religious differences or by reason of a lack of religious beliefs shall be liable to a fine, non-custodial measures or imprisonment of up to two years.

2. The same penalty shall apply to persons who, for the purpose of dissemination, produce, record or import, acquire, store, possess, display, transport or transmit printed matter, recordings or other material the content of which comes under paragraph 1.

3. Persons who commit an act referred to in paragraph 2 for artistic, educational, collection or scientific purposes shall not be deemed to have committed a crime.

4. In the event of conviction for the offence referred to in paragraph 2, the court shall order the confiscation of the material referred to in that paragraph even if it is not the property of the offender.» (Fuente: Gobierno polaco).

⁵⁸³ Es reseñable que en el informe enviado por el Gobierno polaco a la Comisión Europea en el que se incluye una referencia de la legislación polaca que artículo por artículo viene a trasponer la Decisión marco, sin embargo no menciona esta Ley y únicamente recoge los artículos del Código penal.

*sentencia deberá hacerse pública»*⁵⁸⁴. A la luz del precepto se sanciona la conducta de «negar», cuando con ello se contraría a los hechos. Por tanto, se ha de tratar de expresiones que sean objetivamente falsas contrastables según un juicio de veracidad. También se exige el carácter público de la conducta. El objeto de la negación tendrá que venir referido a los crímenes nazis, los crímenes comunistas y otros crímenes contra la paz, la humanidad o crímenes de guerra perpetrados sobre nacionales polacos o sobre ciudadanos polacos de otras nacionalidades cuando hubieran sido perpetrados entre el 1 de septiembre de 1939 hasta el 31 de julio de 1990⁵⁸⁵. Destaca que la pena impuesta puede alcanzar un máximo de 3 años de prisión, frente a los 2 años máximo de conductas en principio más cualificadas como las recogidas en el artículo 256 del Código penal. Con este delito de negacionismo establecido en el año 1998 todavía se ve el peso que tiene sobre Polonia su trágico pasado en cuanto a la II Guerra Mundial y al régimen comunista. En tal sentido, resulta muy significativo que el tipo penal venga a recogerse precisamente en la ley que viene a crear el Instituto de la Memoria Nacional.

1.6.2. República Checa

La República Checa ya en el año 2005 reformó una ley anterior del año 2001 regulando un concreto delito de negacionismo, restringido a los crímenes nazis y comunistas de la II Guerra Mundial⁵⁸⁶. Como en el caso polaco y en general

⁵⁸⁴ «**Article 55:** *Anyone who publicly and contrary to the facts denies crimes referred to in art. 1, point 1 shall be subject to a fine or the penalty of imprisonment of up to 3 years. The sentence shall be made public.*». La versión consolidada de esta Ley en inglés se puede encontrar en: http://www.ipn.gov.pl/portal/en/31/327/The_Act_on_the_Institute_of_National_Remembrance.html

⁵⁸⁵ No queda claro de la lectura del precepto si se deben incluir también como objeto de la negación los actos recogidos en las letras b) y c) del art. 1.1. Estas letras se refieren a otras represarias políticas cometidas por oficiales polacos y ciertas acciones de las autoridades de seguridad del Estado. El texto completo del artículo 1.1. es: «1) *the recording, collecting, storing, processing, securing, making available and publishing of the documents of the state security authorities, produced and accumulated from July 22, 1944 until July 31, 1990, as well as the documents of the security authorities of the Third Reich and the Soviet Union relating to: a) - the Nazi crimes, - the communist crimes, - other crimes against peace, humanity or war crimes, perpetrated on persons of Polish nationality or Polish citizens of other nationalities between September 1, 1939 until July 31, 1990, b) other politically motivated reprisals, instigated by the officers of the Polish law enforcement agencies or the judiciary or persons acting on their order which were disclosed in the contents of the rulings made on the strength of the Act, dated February 23, 1991, on considering as invalid the rulings made in the cases of persons oppressed for their activities for the cause of an independent Polish State (Journal of Laws No. 34, section 149, with later amendments), c) the actions of the state security authorities described in art. 5.*».

⁵⁸⁶ El artículo conforme a la reforma de 2005 establecía lo siguiente: «**261.a:** *La persona que públicamente niegue, ponga en duda, apruebe o intente justificar el genocidio nazi o comunista u*

los países de la Europa del Este, se encuentran muy marcados no sólo por los crímenes nazis sino que a tales países les quedan mucho más cercanos los crímenes cometidos por el régimen comunista, algo que tiene lógica expresión en su legislación.

A pesar de la reciente legislación sobre el negacionismo, en 2009 la República Checa ha modificado su Código penal para transponer la Decisión marco europea a través de la ley nº 40/2009, la cual ha venido a regular nuevamente esta cuestión. Conforme a la misma, el artículo 405 incluye un tipo bajo el título: «negación, poner en cuestión, aprobación y justificación del genocidio», el cual establece que: «Una persona que públicamente niegue, ponga en cuestión, apruebe o intente justificar el genocidio Nazi, Comunista u otro genocidio o crímenes cometidos por los Nazis y los Comunistas contra la humanidad será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años»⁵⁸⁷. El delito, como se observa, mantiene el tenor anterior sin introducir cambios en la formulación de la conducta típica, que recoge una amplia variedad de conductas («negar», «poner en cuestión», «aprobación» y «justificación»), pero referidas únicamente a los crímenes y genocidios cometidos por los regímenes comunistas y nazis, aunque sin exigencia de que los mismos hayan tenido que ser declarados como tales por ningún tribunal. No cabe la pena de multa y la sanción será en todo caso de prisión de entre 6 meses a 3 años. Aunque no se exige ningún tipo de afectación al orden público ni se cualifica la conducta en forma alguna, sí que se exige como requisito general para la exigencia de responsabilidad penal el que la conducta sea susceptible de causar un daño a la sociedad (art. 12.2). No queda claro cuál sería el bien jurídico tutelado en estas conductas. Por otro lado, el Gobierno checo informa que para el caso de expresiones negacionistas puede resultar de aplicación también el artículo 365 que regula la aprobación o apología al delito de manera genérica⁵⁸⁸.

otros crímenes nazis o comunistas será castigado con pena de prisión de 6 meses a 3 años» [261.a The person who publicly denies, puts in doubt, approves or tries to justify nazi or communist genocide or other crimes of nazis or communists will be punished by prison of 6 months to 3 years] (cfr. J. LUTHER, «El antinegacionismo...», op. cit., p. 267).

⁵⁸⁷ **«Section 405: Denial, calling into question, condoning and justification of genocide**

A person who publicly denies, calls into question, condones or seeks to justify Nazi, Communist or other genocide or other crimes committed by the Nazis and the Communists against humanity shall be punished by imprisonment for six months to three years» (Fuente: Gobierno checo).

⁵⁸⁸ **«Section 365: Condoning of a criminal offence**

(1) A person who publicly condones a criminal offence or who publicly praises an offender for an offence he committed shall be punished by up to one year's imprisonment.

(2) The same penalty shall apply to a person who with the intention of condoning a criminal offence:

(a) rewards or compensates the offender or a person in close proximity to the offender for the penalty, or

Habida cuenta de que la regulación vista contra los crímenes nazis y comunistas y del genérico delito de apología del delito deja parcialmente incompleta la transposición de las exigencias de incriminación de la Decisión marco europea, el Gobierno checo informaba de su voluntad de presentar una reforma del Código penal encaminada a la incriminación específica de otros genocidios y crímenes contra la humanidad no vinculados con los regímenes nazi y comunista⁵⁸⁹.

1.6.3. República eslovaca

La República Eslovaca en virtud de la Ley nº 262/2011 de 13 de julio de 2011 ha reformado también su Código penal para transponer la Decisión marco europea, incluyendo un nuevo precepto, el 422d, que incrimina el delito de negacionismo con el siguiente tenor: «*Cualquiera que públicamente niegue, ponga en duda, apruebe o intente justificar el Holocausto, los crímenes de un régimen fundado en la ideología fascista, los crímenes de un régimen fundado en la ideología comunista o los crímenes de otro movimiento similar que, a través de la violencia o la amenaza de violencia o la amenaza de otros serios daños, se proponga suprimir los derechos fundamentales y las libertades individuales, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años*»⁵⁹⁰.

Tal y como advierte el Gobierno eslovaco este tipo penal viene a complementar y perfeccionar los tipos que recoge el artículo 424 del Código Penal, referidos a la incitación, a la difamación y al acoso a personas por motivos de su raza, nación, nacionalidad, color de piel y grupo u origen étnico. Así, el artículo 422d del Código penal incrimina por sí misma las conductas de negación, aprobación y justificación de tales crímenes sin que haya mayores condiciones específicas. No se requiere, por ejemplo, que las expresiones vayan referidas a incitar a la violencia contra un grupo o a la difamación del mismo, tal y como sí que viene requerido para las conductas de la Sección 424a. Del mismo modo, al delito de negacionismo del art. 422d tampoco se le exige que las expresiones vayan

(b) organises a collection of money for such a reward or compensation.» (Fuente: Gobierno checo).

⁵⁸⁹ Esta propuesta de reforma estaba prevista para 2011 pero a fecha de julio de 2013 el Gobierno checo no ha informado a la Comisión Europea de que haya sido aprobada.

⁵⁹⁰ «**Section 422d:** *Whoever publicly denies, puts in doubt, approves or tries to justify the Holocaust, the crimes of a regime founded on fascist ideology, the crimes of a regime founded on communist ideology or the crimes of another, similar movement which, by violence or threat of violence or threat of other serious harm, aims to suppress the fundamental rights and freedoms of individuals, shall be liable to imprisonment for six months to three years.*» (Fuente: Gobierno eslovaco).

dirigidas contra un grupo determinado sobre la base de motivos raciales, nacionales, etc. Sin embargo, se debe hacer notar que, aunque el objeto al que deben ir dirigidas las expresiones negacionistas se define de manera muy amplia (crímenes nazis, comunistas pero también cualquier otro crimen cometido por otros regímenes cuya finalidad sea la destrucción de los derechos fundamentales y las libertades individuales), la República Eslovaca se acogió a la cláusula del art. 1.4 de la Decisión marco y declaró que tales conductas de negacionismo sólo serían sancionadas cuando fueran referidas a delitos cuyo perpetrador o el propio crimen hubieran sido condenados o establecidos por decisión final de un tribunal internacional. Aunque no se especifique a este respecto nada en el precepto, se puede plantear si tal límite le podrá ser de aplicación.

Asimismo, el tipo penal del artículo 422d exige que la conducta se realice públicamente. A estos efectos el artículo 122 establece que un delito será cometido públicamente si se realiza a través de material impreso o de la difusión de documentos, películas, radio, televisión, usando una red informática o formas de difusión similares; o si la manifestación se realiza en presencia de más de dos personas simultáneamente⁵⁹¹.

Por su parte, la sanción de las expresiones negacionistas no se queda reducida al art. 422d, sino que las mismas, si revisten una mayor cualificación, pueden resultar constitutivas de otros delitos de mayor gravedad. Así, por ejemplo, el artículo 422b en su párrafo 1º regula el delito de difusión de material extremista, al cual impone una pena de entre uno y cinco años de prisión⁵⁹². Para ser considerado material extremista se impone un doble requisito: por un lado, en cuanto al contenido, dentro del cual se incluye el material con contenido justificador o que venga a aprobar, negar o minimizar groseramente los crímenes de guerra juzgados por el Tribunal de Núremberg o cualesquiera otros establecidos por una jurisdicción internacional reconocida por la República Eslovaca (artículo 130.8, letras d y e)⁵⁹³; el segundo requisito, de tipo subjetivo,

⁵⁹¹ «**Section 122:** (2) *A criminal act is committed publicly, if it is committed*

(a) through the content of printed material or dissemination of documents, film, radio, television, by use of a computer network or other similarly effective manner, or

(b) before more than two simultaneously present persons.» (Fuente: Gobierno eslovaco).

⁵⁹² «**Section 422b:** *A person who reproduces, transmits, supplies, makes available, puts into circulation, imports, exports, offers, sells, delivers or disseminates extremist materials is punishable by between one and five years of imprisonment.»* (Fuente: Gobierno eslovaco).

⁵⁹³ «**Section 130:** (8) *For the purposes of this Act extremist material means written, graphic, pictorial, audio or audiovisual productions*

(a) containing texts and declarations, banners, emblems, slogans or symbols of groups and movements directed at suppressing human rights and freedoms,

(b) containing programmes and ideologies of groups and movements directed at suppressing human rights and freedoms,

sería que la difusión, posesión o publicación de este material se haga con la intención de incitar a la violencia o al odio o a un trato discriminatorio injusto contra un grupo de personas definido por sus referencias nacionales, étnicas, etc. (artículo 130.9)⁵⁹⁴. Por último, también se podrán ver castigadas las conductas de incitación a este tipo de delitos (artículos 337 y 21 del Código penal).

1.6.4. Hungría

El artículo 269/C del Código penal (Btk) húngaro recoge, conforme a una enmienda aprobada por la Asamblea Nacional Húngara el 8 de junio de 2010, un tipo penal que viene a incriminar las conductas de aprobación, negación o trivialización grosera de forma pública de los crímenes cometidos por los regímenes comunistas y nacionalsocialistas⁵⁹⁵. Este delito se sanciona con penas de prisión que podría llegar hasta los tres años de prisión. Sin embargo, la legislación húngara no contempla ningún otro delito para sancionar otras expresiones negacionistas. Sí se recoge un tipo general para la incitación al odio en el artículo 269 Btk, el cual, además, se interpreta en modo muy restrictivo exigiendo que se trate de manifestaciones que tengan un contenido que suponga

(c) defending, supporting or inciting to violence or hatred or unjust discriminatory treatment directed against a group of persons or individuals defined by reference to race, nation, nationality, colour, ethnic origin, descent or religion if it is a pretext for the reasons above,

(d) justifying or approving a crime considered by Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement of 8 August 1945 for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis and the relevant articles of the charter of any other international criminal court set up under international law whose authority the Slovak Republic has recognised, as genocide or a crime against humanity if the perpetrator of, or accessory to this crime was sentenced by a final decision of an international court set up under international law whose authority the Slovak Republic has recognised, unless such sentence was overturned in the prescribed proceedings, or

(e) denying or grossly trivialising a crime considered by Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement of 8 August 1945 for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis and the relevant articles of the charter of any other international criminal court set up under international law whose authority the Slovak Republic has recognised, as genocide or a crime against humanity if the perpetrator of, or accessory to this crime was sentenced by a final decision of an international court set up under international law whose authority the Slovak Republic has recognised» (Fuente: Gobierno eslovaco).

⁵⁹⁴ «**Section 130:** (9) *Extremist material is considered to be the material pursuant to (8) if it is produced, circulated, made publicly accessible or kept in possession with the intention of inciting to violence or hatred or unjust discriminatory treatment directed against a group of persons or individuals defined by reference to race, nation, nationality, colour, ethnic origin, descent or religion if it is a pretext for the reasons above, and replicas of such material or its imitation interchangeable with the original.*» (Fuente: Gobierno eslovaco).

⁵⁹⁵ Previamente existía un delito que incriminaba la negación pública del Holocausto.

una amenaza real para generar en terceros odio, de manera que se ponga en peligro la paz pública y los derechos individuales de las personas.

En este sentido cabe destacar el carácter extremadamente crítico del Gobierno húngaro con referencia a la incriminación de las conductas negacionistas. Afirma que las conductas de aprobación, negación o minimización grosera no cumplen con las exigencias de taxatividad requeridas para ser incluidas como definición de una conducta penal y que, conforme a la jurisprudencia de su Corte constitucional, incluir tales términos en un tipo penal reduciría el ámbito de la libertad de expresión en un modo que debiera ser considerado inconstitucional⁵⁹⁶. En particular resulta especialmente relevante la sentencia de la Corte constitucional n^o 18/2004⁵⁹⁷, en la que realiza un escrutinio muy estricto de la reforma que se pretendía realizar sobre el artículo 269 del Código penal, el cual ofrece unos criterios constitucionales de gran utilidad para la interpretación de la legitimidad del delito de negacionismo⁵⁹⁸. Así, la Corte recordaba que la libertad de expresión protege las manifestaciones con independencia de su contenido. Incluso las opiniones más extremas, concluía la Corte, no son sancionables por su contenido, sino que son las «consecuencias directas y previsibles de su comunicación las que justifican la restricción a la libertad de expresión en aplicación de consecuencias legales bajo la ley civil o –en algunos casos- la ley penal» (§2.1)⁵⁹⁹. En tal sentido, confirmaba la Corte que «la aplicación de consecuencias bajo la ley penal está justificada cuando los actos alcancen un nivel en el que sean capaces de generar emociones tan intensas en la mayoría de la gente que, dando lugar al crecimiento del odio, puedan causar perturbaciones en la paz y orden social» (§2.2)⁶⁰⁰. De manera que el concepto de perturbación de la paz pública «implica también el peligro de una violación de los derechos individuales a gran escala: las emociones generadas contra el grupo en cuestión amenazan el honor, la dignidad (y, en los casos más extremos, las vidas) de los individuos

⁵⁹⁶ Vid. sentencias de la Corte Constitucional n^o 18/2004 de 25 de mayo, y 30/1992 de 26 de mayo.

⁵⁹⁷ El texto completo de la sentencia en inglés está disponible en la página web de la Corte: http://www.mkab.hu/letoltesek/en_0018_2004.pdf

⁵⁹⁸ Una de las dudas que se plantea, por ejemplo, es si es posible incluir un tipo penal referido a la conducta de «provocación al odio» en puesto del término «instigación al odio», entendiéndose que tal modificación podría bajar el umbral de certeza y determinación constitucionalmente exigibles a un tipo penal y podría violar el ámbito protegido de la libertad de expresión.

⁵⁹⁹ [*but the direct and foreseeable consequences of its communication that justify a restriction of free expression and the application of legal consequences under civil or – in some cases – criminal law*].

⁶⁰⁰ [*The application of consequences under criminal law is justified when the act reaches a level where it is capable of whipping up such intense emotions in the majority of people which, upon giving rise to hatred, may result in disturbing social order and peace*].

incluidos en tal grupo, y a través de la intimidación se vean también restringidos en el ejercicio de sus otros derechos (incluidos el derecho a la libertad de expresión)» (§2.2)⁶⁰¹. La Corte sostenía que la incitación al odio está justificada por la violación, o el peligro directo de violación, que entraña sobre los derechos individuales de otras personas, en particular la dignidad humana. De tal suerte que, cuando un acto sea calificado como incitación al odio, debería ser sancionado penalmente en la medida que se haya constatado que el impacto de este tipo de conductas para los individuos y la sociedad revista tal gravedad que trasciende a las posibilidades de sanción en vía civil o administrativa⁶⁰². Del mismo modo, consideraba también que las comunicaciones que resulten abusivas o menospreciantes, en particular cuando se afecte a los símbolos nacionales, sólo pueden resultar incriminadas en la medida en la que alcancen el nivel de la «incitación». La Corte entendía que expresar desprecio no constituye en sí mismo un «peligro claro e inminente» para suponer una amenaza de violación a derechos individuales como para sancionarlo. Además mantenía que los delitos de injurias para alcanzar relevancia penal penalmente deberán ir dirigidos contra personas identificadas, por lo que tampoco admitió la constitucionalidad del delito de «menosprecio» contra ciertos grupos por motivos étnicos o raciales.

Es por ello que el Gobierno húngaro, siguiendo esta jurisprudencia constitucional, estimaba que la incorporación de una sanción para este tipo de conductas tampoco sería respetuosa con el principio de *extrema ratio* del Derecho penal, el cual exige haber agotado las posibilidades punitivas previas antes de considerar como necesaria la sanción penal; algo que en este caso no se habría realizado en la medida que se ha recurrido directamente a la sanción penal descartando otras posibilidades como la sanción civil o administrativa. Hacía notar a este respecto que la Corte Constitucional todavía no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el delito de negación de los delitos cometidos por los regímenes nacionalsocialista y comunista, estando abierta la puerta a una eventual declaración de inconstitucionalidad de éste. Del mismo modo, consideraba que ni

⁶⁰¹ [“also involves the danger of a large-scale violation of individual rights: the emotions whipped up against the group concerned threaten the honour, dignity (and, in more extreme cases, the lives) of the individuals comprising the group, and through intimidation restrict them in the exercise of their other rights as well (including the right to the freedom of expression).”].

⁶⁰² Sobre esta doctrina la Corte realizaba un estricto análisis del significado de los términos «incitación» y «provocación». Tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo, asumía que no son conceptos idénticos, la «provocación» se centraría en el propio pensamiento de uno, mientras que la «incitación» tendería a manipular los instintos y las emociones y a movilizar a otros; de manera que la «incitación» sería un acto más grave. Así, declaraba la Corte que el término «provocación» resultaría inconstitucional porque extendería excesivamente el ámbito de punición invadiendo el espacio que debía quedar a la libertad de expresión.

siquiera acogiéndose a las posibilidades de sancionar tales expresiones negacionistas únicamente cuando las mismas resultaran idóneas para perturbar el orden público⁶⁰³ o tuvieran carácter insultante, abusivo o amenazante, se sanarían los óbices aducidos a este precepto.

1.6.5. República Eslovena

La República Eslovena reformaba su Código penal (KZ) en 2008 para incluir un tipo específico, el art. 297, que viene a incriminar las conductas de incitación pública al odio, la violencia o la intolerancia, y cuyo apartado 2º sanciona entre otras conductas las expresiones negacionistas. Así, establece este apartado 2º del art. 297: «*Las mismas penas serán impuestas a aquella persona que públicamente difunda ideas sobre la supremacía de una raza sobre otra, o proporcione ayuda en cualquier forma a actividades racistas o niegue, minimice el significado, apruebe, desprecie, haga burla, o propugne el genocidio, el Holocausto, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, agresiones u otros delitos contra la humanidad*»⁶⁰⁴.

Llama la atención de este precepto la amplitud del elenco de conductas sancionadas, lo que lleva a que cualquier expresión negacionista, aunque sea la más indirecta o simplemente aquellas que puedan ser una mera minimización de

⁶⁰³ El Gobierno pone de manifiesto cómo en la traducción del texto de la Decisión marco europea, en aras de intentar una interpretación aún más restrictiva, se había utilizado la palabra «paz pública» en puesto de la de «orden público».

⁶⁰⁴ **«Article 297: Public Incitement to Hatred, Violence or Intolerance**

(1) *Whoever publicly provokes or stirs up ethnic, racial, religious or other hatred, strife or intolerance, or provokes any other inequality on the basis of physical or mental deficiencies or sexual orientation, shall be punished by imprisonment of up to two years.*

(2) *The same sentence shall be imposed on a person who publicly disseminates ideas of the supremacy of one race over another, or provides aid in any manner for racist activity or denies, diminishes the significance of, approves, disregards, makes fun of, or advocates genocide, holocaust, crimes against humanity, war crime, aggression, or other criminal offences against humanity.*

(3) *If the offence under the preceding paragraphs has been committed by publication in the mass media, the editor or the person acting as the editor shall be sentenced to the punishment referred to in paragraphs 1 or 2 of this Article, except if it was a live broadcast and he was not able to prevent the actions referred to in the preceding paragraphs.*

(4) *If the offence under paragraphs 1 or 2 of this Article has been committed by coercion, maltreatment, endangering of security, desecration of national, ethnic or religious symbols, damaging the movable property of another person, desecration of monuments or memorial stones or graves, the perpetrator shall be punished by imprisonment of up to three years.*

(5) *If the acts under paragraphs 1 or 2 of this Article have been committed by an official abusing his official position or rights, he shall be punished by imprisonment of up to five years.*

(6) *Material and objects bearing messages as referred to in paragraph 1 of this Article, and all devices intended for their manufacture, multiplication and distribution, shall be confiscated, or their use disabled in an appropriate manner.»* (Fuente: Gobierno esloveno).

los hechos, puedan ser castigadas. Por su parte, el objeto al que deben referirse también resulta particularmente amplio, ya que se incluye cualquier tipo de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. Los mismos deberán ser entendidos conforme a los artículos 100 a 103 KZ que definen tales delitos de conformidad con lo determinado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero sin que sea necesario que hayan sido reconocidos o sentenciados por un tribunal. La conducta deberá realizarse públicamente. No se requiere que se vea afectado el orden público. El apartado 4^º recoge algunas circunstancias que agravarían la sanción (cuando se cometan con coerción, daño para la seguridad, desprecio a símbolos nacionales, étnicos o religiosos, etc.). La pena común establecida para este delito es de prisión de hasta 2 años.

1.6.6. Estonia

Sobre la base de los escasos datos que se ha podido encontrar sobre Estonia, parece que este país no contaría con un delito que específicamente viniera a incriminar las conductas negacionistas. El Código penal según su modificación de 2002 incluiría en el artículo 151 los delitos de incitación a la violencia sobre la base de motivos discriminatorios. Sin embargo, este delito, que trae causa de uno ya existente previamente, parece que no resultaría aplicable al caso de expresiones negacionistas. Así las cosas, en 2001 se publicó en Estonia el libro «*The Holocaust Fraud*» del negacionista Jürgen GRAF, pero las autoridades estonas consideraron que no podían actuar contra el mismo porque no había base jurídica suficiente⁶⁰⁵.

1.6.7. Letonia

Conforme a la reforma de 5 de mayo de 2009, se recoge un artículo 74.¹ en el Código penal letón que incrimina la aprobación del genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes contra la paz y crímenes de guerra en los siguientes términos: «*Por la pública glorificación del genocidio, de un crimen contra la humanidad, de un crimen contra la paz o de un crimen de guerra, o por la pública negación o aprobación de un acto de genocidio, de un crimen contra la humanidad, o de un crimen contra la paz o de guerra, se castigará con la pena de privación de libertad por tiempo de hasta cinco años o servicios para la comunidad*»⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Cfr. C. MUDDE (ed.), *Racist extremism in central and Eastern Europe*, Routledge, Oxon, 2005, p. 70 y 71.

⁶⁰⁶ «**Article 74.1 *Condoning of genocide, crimes against humanity, crimes against peace and war crimes***

Este tipo penal regula conjuntamente tanto expresiones de negacionismo y de aprobación, pero también de glorificación⁶⁰⁷ de cualquier genocidio, crimen contra la humanidad, contra la paz o de guerra, sin mayores consideraciones sobre si han sido judicialmente determinados como tales y sin límites temporales. Por tanto se incluyen en el mismo precepto las conductas de los apartados c) y d) de la Decisión marco europea. Las definiciones de aquellas conductas que pueden ser consideradas como tales crímenes se encuentran en los delitos de los arts. 71 (genocidio y crímenes contra la humanidad), 71 (crímenes contra la paz) y 74 (crímenes de guerra). Las manifestaciones han de ser públicas. No se requiere expresamente que afecten al orden público ni se recoge ninguna otra cualificación ofensiva. Las penas pueden llegar a los cinco años de prisión o servicios para la comunidad.

1.6.8. Lituania

En 2010 Lituania incorporó a su Código penal un art. 170² con el que incrimina las conductas públicas de apología, negación o trivialización grosera de crímenes internacionales y de los crímenes cometidos por los regímenes soviético y nazi contra la República de Lituania y sus residentes, en una prueba más de la importancia que para estos países ha tenido conforme a su historia reciente no sólo los crímenes nazis, sino también los soviéticos. El texto en concreto de este precepto es:

«Artículo 170². Hacer apología pública, negación o trivialización grosera de crímenes internacionales y de los crímenes cometidos por la URSS o la Alemania Nazi contra la República de Lituania y sus residentes.

1. Una persona que públicamente haga apología, niegue o trivialice groseramente el genocidio u otros crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra reconocidos en la legislación de la República de Lituania o de la Unión Europea o sentenciados por tribunales lituanos o internacionales, cuando se realicen en forma amenazante, insultante u ofensiva o que puedan perturbar el orden público, o una persona que públicamente haga apología, niegue o trivialice groseramente la agresión perpetrada por la URSS o la Alemania Nazi

For publicly glorifying genocide, a crime against humanity, a crime against peace or a war crime, or publicly denying or condoning an act of genocide, a crime against humanity, a crime against peace or a war crime,

the applicable sentence shall be deprivation of liberty for a term of up to five years or community service.» (Fuente: Gobierno letón).

⁶⁰⁷ Las conductas incitación pública al genocidio se regulan en el art. 71.¹ del Código penal con penas de hasta 8 años de prisión.

contra la República de Lituania, u otros serios o muy serios crímenes cometidos contra la República de Lituania u otros muy serios crímenes cometidos contra los habitantes de la República de Lituania en 1990-1 por personas que hubieran perpetrado o que participaran en la agresión contra la República de Lituania, cuando se realizara en modo amenazante, insultante u ofensivo o que pueda perturbar el orden público,

será castigado con multa, restricción de libertad, detención o presión de hasta dos años.

2. Las personas jurídicas podrán ser declaradas responsables de los actos recogidos en este Artículo.»⁶⁰⁸.

El precepto, de lectura compleja, viene a castigar, por un lado, las conductas públicas de «apología», «negación» y «trivialización grosera» de cualquier genocidio u otros crímenes contra la humanidad o de guerra tal y como se encuentran definidos por la legislación lituana, por la Unión Europea o cuando hayan sido sentenciados como tales por un tribunal lituano o internacional⁶⁰⁹. Por otro lado, se castigan estas mismas conductas pero cuando vayan referidas a los crímenes cometidos contra Lituania por los regímenes nazi y soviético u otros «serios» o «muy serios» crímenes cometidos contra este país o contra sus ciudadanos en el periodo concreto de 1990-1 cuando sus autores participaran de las agresiones contra Lituania. De esta manera, junto a la referencia genérica a los

⁶⁰⁸ **«Article 170². Publicly condoning, denying or grossly trivialising international crimes and crimes committed by the USSR or Nazi Germany against the Republic of Lithuania or residents thereof**

1. A person who publicly condones, denies or grossly trivialises genocide or other crimes against humanity or war crimes recognised in legislation of the Republic of Lithuania or the European Union or sentences handed down by Lithuanian or international courts, where this is done in a threatening, insulting or offensive manner or public order has been disrupted as a result, or a person who publicly condones, denies or grossly trivialises the aggression perpetrated by the USSR or Nazi Germany against the Republic of Lithuania, or genocide or other crimes against humanity or war crimes committed by the USSR or Nazi Germany on the territory of the Republic of Lithuania or against residents of the Republic of Lithuania, or other serious or very serious crimes committed against the Republic of Lithuania or very serious crimes committed against the inhabitants of the Republic of Lithuania in 1990-1 by persons who perpetrated or participated in the aggression against the Republic of Lithuania, where this is done in a threatening, insulting or offensive manner or public order has been disrupted as a result,

shall be punishable by a fine, restriction of freedom, detention or imprisonment of up to two years.

2. Legal persons shall also be held liable for acts referred to in this Article.» (Fuente: Gobierno lituano).

⁶⁰⁹ Parece que la decisión judicial «previa» no es requisito *sine qua non* para poder castigar una expresión negacionista, sino que el tribunal que esté aplicando el delito podrá apreciar en concreto que los hechos sobre los que recae la negación incluyen los elementos propios para ser apreciados como crímenes según las normativas de referencia.

genocidios, crímenes de guerra o a los crímenes contra la humanidad y la referencia específica a los crímenes nazis y sociéticos, se incluye una tercera categoría que sería la negación de los crímenes que, aunque no puedan ser considerados dentro de las anteriores, sí que hubieran resultado serias agresiones contra Lituania o contra sus habitantes –en este caso último restringe los mismos a los años 1990-1-. En cualquier caso, las conductas sólo serán castigadas en la medida que se realicen en modo o «amenazante, insultante u ofensivo», o bien que sean idóneas para perturbar el orden público. Las penas pueden ser de diversos tipos, desde la multa a la pena de prisión de hasta dos años.

En el año 2010 se presentó ya una primera posibilidad de aplicación en Lituania de este precepto como consecuencia de la publicación en una revista semanal llamada «Veidas» de un artículo bajo el título «*Nuremberg War Crimes Tribunal – The Greatest Legal Farce in the History*», escrito por el historiador Petras STANKERAS⁶¹⁰. En el mismo realizaba duras críticas contra los Juicios de Núremberg, considerando este Tribunal como un tribunal de los vencederos que habría aplicado un doble criterio a la hora de valorar los crímenes de los vencidos en contraste con los también cometidos por los vencedores. En cualquier caso, la frase que provocó la polémica fue su afirmación de que «en Nuremberg también nació la leyenda sobre los 6 millones de según se dice judíos muertos»⁶¹¹, algo que acompañaba de consideraciones sobre el hecho de que no se había encontrado ninguna prueba escrita de que Hitler hubiera ordenado la «Decisión Final». Al historiador se le forzó a dimitir como asesor del Ministerio del interior y el Ministerio Fiscal abrió diligencias previas aunque finalmente fueron cerradas al considerar que no había incurrido en el delito por no tener intención de negar el Holocausto⁶¹².

⁶¹⁰ Para un análisis de este caso y de la legislación anti-negacionista lituana, *vid.* J. ZILINSKAS, «Introduction of “crime of denial” in the Lithuanian criminal law and first instances of its application», *Jurisprudencija/Jurisprudence*, 2012, 19(1), p. 315-329. Además del asunto aquí señalado el autor recoge otro supuesto de aplicación de este delito pero sobre hechos ocurridos en el año 1991 cuando el Sr. PALECKIS, miembro del partido de extrema derecha Frontas, hizo unas declaraciones en donde se asumía la versión rusa de un asalto que el 13 de enero de ese año 1991 había realizado el ejército ruso contra la torre de la radiotelevisión lituana provocando numerosas víctimas. Finalmente logró no ser condenado porque se consideró que de sus palabras no se podía considerar que hubiera negado concretamente los hechos.

⁶¹¹ [In Nuremberg also the legend was born about the 6 million allegedly killed Jews] *Cfr.* J. ZILINSKAS, «Introduction of “crime of denial” ...», *op. cit.*, p. 323.

⁶¹² La editorial y el autor alegaban que había habido un error editorial y que la palabra «según se dice» tendría que haberse situado después de la palabra «6 millones» porque el autor no cuestionaba el hecho en sí del Holocausto sino el número de las víctimas (que admitía que podían ser incluso más). Adujo el historiador que no pretendía negar el Holocausto y que de hecho había publicado sobre el mismo previamente reconociendo su existencia.

1.6.7. Rumanía

Rumanía en el año 2002 aprobó la Orden de Emergencia Nº 31/2002 sobre la prohibición de organizaciones y símbolos fascistas, racistas o xenófobos y de la promoción del culto a personalidades o personas condenadas por la comisión de crímenes contra la paz y la humanidad, en cuyo artículo 6 sancionaba las conductas de negacionismo de la siguiente forma: «*La negación, apología, aprobación o justificación públicas por cualquier medio del Holocausto, del genocidio o de crímenes contra la humanidad o de sus efectos será sancionada con penas de seis meses a cinco años de prisión y con la remoción de ciertos derechos o de una multa*»⁶¹³. Por su parte, un proyecto de reforma del Código penal⁶¹⁴ habría venido, en su artículo 123, a quitar la referencia a la posibilidad de privar de otros derechos y a incluir un apartado 2º de tal tenor: «*Distribuir o poner a disposición al público por cualquier medio, a través del uso de sistemas informáticos, de materiales que nieguen, manifiestamente minimicen, aprueben o justifiquen el genocidio o crímenes contra la humanidad como quedaron definidos y reconocidos por la sentencia final del Tribunal Internacional Militar establecido por el Acuerdo de Londres de 18 de Abril de 1945, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, de la Corte Penal Internacional o de cualquier otro tribunal internacional establecido por los pertinentes instrumentos internacionales y cuya jurisdicción sea reconocida por el Estado Rumano, serán constitutivos de delito y serán castigados con penas de seis meses a 5 años de prisión*»⁶¹⁵.

⁶¹³ «**Article 6 Government Emergency Order Nº 31/2002:** *Publicly denying, contesting, approving or justifying by any means the Holocaust, genocide or crimes against humanity or the effects thereof shall be punishable by six months to five years of imprisonment and the removal of certain rights or by a fine.*» (Fuente: Gobierno rumano).

⁶¹⁴ El Gobierno rumano informa por un lado de la aprobación, pero todavía sin entrar en vigor, de la *Law Nº 286/2009 on the Criminal Code, published in Official Gazette nº 510 of 24 July 2009*. No obstante, la reforma que aquí interesa traería causa del proyecto de ley *Draft law for the implementation of the Criminal Code and amending certain legislative acts containing criminal law provisions*, el cual es presentado como legislación nacional pero «de lege ferenda».

⁶¹⁵ El texto completo del proyecto de precepto sería: «**Draft Law for the implementation of the Criminal Code. Article 123:** *Emergency Order Nº 31/2002 on the prohibition of fascist, racist or xenophobic organisations and symbols and of the promotion of the cult of personality of persons guilty of committing crimes against peace and humanity, published in Official Gazette of Romania Part I Nº 214 of 28 March 2002, as amended, approved with amendments by Law Nº 107/2006, as amended, is hereby amended as follows:*

(1) *Publicly denying, contesting, approving or justifying by any means the Holocaust, genocide or crimes against humanity or the effects thereof shall be punishable by six months to five years of imprisonment or by a fine.*

En este delito lo primero que llama la atención es el contraste entre los dos apartados del precepto. En el primero se incriminan las conductas de «negación, apología, aprobación y justificación públicas» del Holocausto y de genocidios o crímenes contra la humanidad y sus efectos, pero sin mayores limitaciones. No se requiere de ningún tipo de decisión de tribunales que venga a reconocer que se han producido tales crímenes. En el apartado segundo se castigan las conductas de distribución y puesta a disposición de material negacionista. A los efectos de esta conducta no queda claro cuáles serán los medios por los que se puede dar tal distribución. El precepto por un lado afirma que la publicación de tales materiales se puede dar «por cualquier medio», pero inmediatamente después dice que a través del uso de sistemas informáticos, sin especificarse si tales sistemas deben ser entendidos como una concreción de «cualquier medio», o si, por el contrario, sólo serán sancionables tales conductas cuando se realicen a través de medios informáticos. Por otro lado, el apartado 2º cambia también los verbos por los que define aquello que es el material negacionista cuya difusión se sanciona e incluye la minimización de forma manifiesta, que no estaba en el apartado 1º, y deja fuera la «apología». Una cuestión que en principio no creo que sea más que un defecto de estilo sin mayores consecuencias materiales. Del mismo modo, sólo se sanciona la difusión del material negacionista cuyo objeto afecte a crímenes determinados por tribunales internacionales. Así las cosas, se da la peculiaridad entonces de que se va a castigar con carácter general las conductas de negacionismo cuyo objeto sea cualquier genocidio o crimen contra la humanidad, esté o no judicialmente determinado, pero a los efectos de la sanción de las conductas de difusión de este material únicamente se castigarán cuando el mismo afecte a crímenes judicialmente determinados. Un contraste que tampoco parece guardar lógica.

Por último, estos preceptos no exigen ningún tipo de cualificación, ni subjetiva ni objetiva. Se castiga también la instigación a los mismos.

(2) Distributing or making available to the public by any means, through the use of a computer system, of materials that deny manifestly minimise, approve or justify genocide or crimes against humanity as defined and recognised by a final decision of the International Military Tribunal established by the London Agreement of 18 April 1945, of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, of the International Criminal Tribunal for Rwanda, of the International criminal Court or of any other international criminal tribunal established by relevant international instruments and whose jurisdiction is recognised by the Romanian State, shall constitute a criminal offence and shall be punishable by six months to five years of imprisonment» (Fuente: Gobierno rumano).

1.6.8. Bulgaria

En 2011 Bulgaria modificó su Código penal⁶¹⁶ incluyendo en el título relativo a disposiciones adicionales un artículo 419^a que incrimina las conductas de negacionismo en los siguientes términos: *«(1) Cualquiera que de cualquier forma públicamente apruebe, niegue o trivialice groseramente crímenes contra la paz y la humanidad y de esta forma cree un peligro de violencia u odio contra un grupo definido por raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico será castigado con penas privativas de libertad de uno a cinco años»*. El apartado 2º de este artículo sanciona con penas de prisión de hasta un año la incitación a este delito⁶¹⁷.

En este tipo penal se sancionan las conductas características de «negación», «apología» y «trivialización grosera» sobre cualquier crimen contra la paz y la humanidad. No se incluye referencia a los crímenes de genocidio y de guerra. Tampoco se requiere que los crímenes negados hayan sido establecidos judicialmente. El tipo penal cualifica la conducta exigiendo que las expresiones sean susceptibles de crear un riesgo de violencia u odio para un grupo, el cual además debe ser definido por unos motivos raciales, étnicos, etc. Se trata, todas ellas, de circunstancias objetivas. No parece que lo que tenga que tenerse en cuenta sea la intención o motivación del autor, sino la potencialidad objetiva para generar tal peligro sobre uno de tales grupos diana.

⁶¹⁶ SG N° 33/2011. Con entrada en vigor el 27 de mayo de 2011.

⁶¹⁷ **«Article 419a** (New – SG No 33/2011, in force since 27 May 2011)

(1) Anyone who in any way whatsoever publicly condones, denies or grossly trivialises crimes against peace and humanity and thereby creates a danger of violence or hatred against a group or a member of a group united by race, colour, religion, descent or national or ethnic origin shall be punished by deprivation of liberty for one to five years.

(2) Anyone who incites another to commit an offence referred to in paragraph 1 shall be punished by deprivation of liberty for up to one year.» (Fuente: Gobierno búlgaro).

2. Otras democracias con vivencias cercanas al Holocausto: Suiza e Israel

2.1. Suiza

En el año 1995, tras ser aprobada en referéndum por el pueblo suizo⁶¹⁸, entró en vigor en este país una reforma de su Código penal que incorporó en su Título XII, relativo a los delitos contra la paz pública, un nuevo artículo 261 bis con el delito de discriminación racial⁶¹⁹, entre cuyas conductas se sancionan específicamente las expresiones negacionistas: «*el que públicamente mediante palabra, escrito, imagen, gestos, vías de hecho o de otra manera, denigra o discrimina de forma atentatoria contra la dignidad humana, a una persona o a un grupo de personas por razón de su raza, etnia o religión, o por alguna de estas razones niega, banaliza gravemente o intenta justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad*»⁶²⁰. La pena impuesta será de prisión o multa.

El art. 261.bis viene a regular una serie compleja de conductas. En primer lugar sanciona conductas de incitación xenófoba, entre las que se encuentran la incitación pública al odio o a la discriminación, la difusión pública de ideologías dirigidas a la sistemática denigración o calumnia de miembros de un determinado grupo y la organización, promoción o participación en acciones de propaganda de este tipo. Luego pasa a regular las conductas de negacionismo vistas y, por último, sanciona la denegación de servicio por motivos discriminatorios.

En lo que interesa al estudio de las conductas negacionistas, se observa que el precepto castiga en general expresiones de denigración o discriminación que puedan atentar contra la dignidad humana. Se incluye así, como ocurría con la legislación alemana, un elemento que viene a cumplir una función limitadora del ámbito punitivo exigiendo una mayor gravedad a las conductas⁶²¹. Tal y como se formula el precepto, las conductas negacionistas («negar», «banalizar gravemente» o «intentar justificar») de crímenes de genocidio u otros crímenes contra la

⁶¹⁸ El precepto fue introducido por la Ley federal de 18 de junio de 1993 que vino a modificar el Código penal y fue sometido a referéndum el 25 de septiembre de 1994 ante las reticencias suscitada por la incorporación de este delito en un sector de la opinión pública.

⁶¹⁹ Un análisis más completo de esta legislación se puede encontrar en J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., pp.162 y ss.

⁶²⁰ Cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p.162.

⁶²¹ En este sentido LANDA GOROSTIZA señala que la «dignidad humana pretende cumplir la función de limitar la proyección del ámbito típico», y, además, a la hora de determinar la tipicidad de tales conductas, será también esencial constatar tanto que el grupo correspondiente se pueda sentir aludido por tales expresiones como que las mismas puedan perturbar la paz pública (*La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p. 171).

humanidad son consideradas como una forma de ataques denigratorios a la dignidad de una persona. De esta manera, una interpretación sistemática del precepto llevaría a entender que no quedará castigado cualquier tipo de manifestación negacionista, sino que las mismas han de revestir tal gravedad que resulten ofensivas de la dignidad humana⁶²². Además, para ser castigadas, las expresiones negacionistas han de ser realizadas «por alguna de estas razones» (raza, etnia o religión), es decir, las ofensas se han de basar en «ciertas» características del grupo al que se dirigen⁶²³.

Se abre por otro lado una discusión sobre cuál sería el bien jurídico protegido en tales conductas. Sin poder entrar ahora en profundidad, el resto de conductas reguladas en el precepto parecería que asumen como bien jurídico principal la protección de la «paz pública», aunque no se excluya la «dignidad humana» también como objeto de protección. Algunos autores consideran, sin embargo, que el bien jurídico sería en exclusiva la dignidad humana, más aún en estas conductas donde se da una referencia expresa a la misma⁶²⁴.

Del tenor del precepto se observa también la exigencia de que tales conductas sean realizadas públicamente, aunque con independencia del medio que se utilice. El objeto de la negación puede ser cualquier genocidio o crímenes contra la humanidad, sin mayor determinación típica (no se exige en principio que hayan sido declarados judicialmente). Así, por ejemplo, por sentencia de 9 de marzo de 2007 el Tribunal de Lausana, confirmada posteriormente por el *Bundesgericht*, castigó por el delito de negacionismo al presidente del Partido de los Trabajadores Turcos que en una estancia en Suiza en 2005 declaró que el genocidio armenio de

⁶²² El Tribunal Federal suizo ha interpretado en forma bastante diversa aquellas expresiones negacionistas que van a revestir relevancia como para ser inculpas. Así, por ejemplo, en sentencia de 22 de marzo de 2000 el Tribunal Federal rechazaba el recurso de una persona que había sido condenada por haber negado la utilización de cámaras de gas y por poner en cuestión la cifra de seis millones de judíos porque el Tribunal consideró que al reducir la cifra de los muertos judíos estaba minimizando groseramente este grave crimen y que el revestimiento pseudo-científico de sus declaraciones no era más que pura hipocresía. Con una posición más restrictiva del precepto, el Tribunal Federal en una sentencia de 3 de noviembre de 1999 anulaba la condena penal impuesta al autor de un artículo en el que hablaba de «la obsesión de las cámaras de gas y la reeducación» y de la «Holocausto-Histeria»; por considerar en este caso que tales afirmaciones no iban referidas al Holocausto en sí mismo considerado, sino a la forma cómo éste se viene presentando ante la opinión pública (Cfr. J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p. 56).

⁶²³ Según J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 166 tales causas o razones vendrían así a delimitar el sujeto pasivo del delito.

⁶²⁴ A este respecto, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p.164.

1915 era una «mentira internacional»⁶²⁵, siendo amparado definitivamente por el TEDH, como ha sido estudiado⁶²⁶.

2.2. Israel

Israel será de los países que primero cuente con una norma que específicamente venga a incriminar el negacionismo del Holocausto y en 1986 aprobó la «*Denial of Holocaust (Prohibition) law*» 5746-1986, con el siguiente tenor: «(2) Una persona que, de forma escrita u oralmente, publique cualquier manifestación negando o minimizando las proporciones de los actos cometidos en el periodo del régimen Nazi, que sea crímenes contra los Judíos o crímenes contra la humanidad, con la intención de defender a los perpetradores de esos actos o de expresar simpatía o identificación con ellos, será responsable con penas de prisión por tiempo de cinco años»⁶²⁷. En el apartado 3º se añade una prohibición de manifestar en general «simpatía» o «elogio» a los crímenes nazis en los términos de la conducta anterior y con igual pena.

En el caso israelí se observa cómo el objeto de sanción viene referido únicamente a crímenes cometidos bajo el régimen nazi, bien contra el pueblo judío o bien crímenes contra la humanidad en general. En principio tales crímenes serán los que fueron juzgados por el Tribunal de Núremberg, sin que pueda descartarse que la negación de unos actos criminales contra judíos cometidos bajo tal régimen pero que no hubieran sido juzgados por tal tribunal puedan también ser considerados a los efectos de aplicar este delito. Las conductas serán las de «negación» o «minimización», sin mayor cualificación objetiva, aunque requiriendo una intencionalidad subjetiva concreta: o la defensa de los perpetradores de las acciones o expresar simpatía o identificación con los mismos. Por su parte, las conductas de expresar simpatía o identificación con los actores de tales crímenes son también constitutivas por sí mismas de delito, como se ha visto en el apartado 3º, aunque no impliquen negación o minimización de sus crímenes.

El apartado 4º, por su parte, incluye una cláusula por la cual los informes o trabajos correctos e imparciales no podrán ser tenidos como delictivos en la medida en que no sean realizados con la intención de expresar tal simpatía o identificación con los autores de los actos criminales. Una cláusula que puede

⁶²⁵ Vid. J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p.56.

⁶²⁶ STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

⁶²⁷ Una referencia a esta disposición se encuentra en J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p.261. También en la voz «Law against Holocaust denial» de la Wikipedia se puede encontrar una transcripción de esta norma: http://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial#Israel

parecer redundante aunque, entendida a *sensu contrario*, permite considerar que existen trabajos que, aun siendo imparciales en su forma de elaboración, pudieran ser también castigados en la medida que se realizaran con la intención subjetiva de defender a un autor de tales crímenes.

3. Contraste de modelos constitucionales: la represión del negacionismo en EE.UU. y Canadá

3.1. Estados Unidos

La consideración del modelo constitucional estadounidense reviste un particular interés en la medida que este país se caracteriza por ser el referente en la más radical defensa de la libertad de expresión, aplicando unos estándares muy rigurosos para admitir cualquier restricción a la misma⁶²⁸. En este sentido, es ya significativa la rotundidad con la que esta libertad viene reconocida en la I Enmienda de la Constitución: «*El Congreso no podrá aprobar ninguna ley que con respecto a la adopción de una religión, o prohibiendo el libre ejercicio de las mismas; o que restrinja la libertad de expresión, o de prensa; o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al Gobierno la reparación de agravios*»⁶²⁹. Una afirmación contundente de estas libertades y derechos que, por lo menos en la

⁶²⁸ En el contexto del estudio de la lucha penal contra el negacionismo, para un análisis de la doctrina americana *vid.* P. R. TEACHOUT, «Making Holocaust Denial a Crime...», *op. cit., in toto*; J. C. KNECHTLE, «Holocaust denial and the concept of dignity in the European Union», *Florida State University Law Review*, vol. 36, 2008, pp. 41-66; P. WACHSMANN, «Libertà di espressione e negazionismo», *Ragion Pratica*, n. 12, 1999, pp. 59 y ss.; J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, pp. 41 y ss.; V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, pp. 860 y ss.; I. SPIGNO, «Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione», *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2008-IV, p. 1928. De forma más amplia, estudiando a la doctrina contra el *hate speech*, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; M. ROSENFELD, «Hate speech in constitutional jurisprudence...», *op. cit., in toto*; W. B. FISCH, «Hate speech in the constitutional law of the United States», *The American Journal of Comparative Law*, Supplement: American Law in a time of global interdependence: U.S. National reports to the 16th International Congress of Comparative Law, vol. 50, 2002, pp. 463-492; K. GREENAWALT, «Speech and Crime», *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 5, n. 4, 1980, pp. 645-785; T. J. WEBB, «Verbal poison-criminalizing hate speech...», *op. cit., in toto*. En el espacio académico, *vid.* N. STROSSEN, «Regulating racist speech on campus: a modest proposal?», *Duke Law Journal*, *Frontiers of legal Thought II, The New First Amendment*, vol. 1990, n. 3, Junio-1990, pp. 484-573. De forma comparativa con otros países, *vid.* K. L. BIRD, «Racist Speech or Free speech? A comparison of the law in France and the US», *Comparative Politics*, vol. 32, n. 4, Julio-2000, pp. 399-418.

⁶²⁹ [Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.]

literalidad del texto, revisten un carácter absoluto, sin que se reconozca límite expreso a la misma. A diferencia de lo que se veía por ejemplo en Alemania, donde era la dignidad humana el valor preferente de su orden constitucional, en los EEUU lo será la libertad de expresión⁶³⁰.

La cultura americana, en sentido social, político y jurídico, rechaza de manera radical cualquier forma de paternalismo estatal, algo que tiene una traducción inmediata en el reconocimiento y valor que dan a la libertad de expresión⁶³¹. En la cultura americana no es concebible asumir que el Estado deba defender o tutelar a los ciudadanos frente a ideologías o ideas por muy peligrosas que puedan resultar⁶³². No hay que tener miedo a la difusión de cualquier tipo de ideas porque, a la postre, serán aquellas mejores las que se impongan; como señalara el juez HOLMES en su célebre opinión disidente en la sentencia *Abrams v. United States* -250 US 616, 630 (1919)-: «la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios»⁶³³. Es la metáfora del «libre

⁶³⁰ Sobre el concepto de dignidad en Europa en relación con la lucha contra el negacionismo, *vid.* J. C. KNECHTLE, «Holocaust denial and...», *op. cit.*, pp. 57 y ss. En particular sobre el contraste entre el carácter preferente de la dignidad humana en el sistema constitucional alemán y el norteamericano, *vid.* G. E. CARMÍ, «Dignity versus Liberty: the two western cultures of free speech», *Boston university international law journal*, vol. 26, 2008, pp. 277-374 y R. JR. KROTOSZYNSKI, «A Comparative Perspective on the First Amendment: free speech, Militant Democracy and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», *Tulane Law Review*, n. 78, 2004, pp. 1549-1609.

⁶³¹ Como señala M. ROSENFELD, «la libertad de expresión no es sólo el derecho de la constitución americana máspreciado, sino que también se trata de uno de sus más destacados símbolos culturales» [*Freedom of speech is not only the most cherished American constitutional right, but also one of its foremost cultural symbols*] («Hate speech in constitutional jurisprudence...», *op. cit.*, p. 11).

⁶³² Una doctrina que, sin embargo, tuvo también sus momentos débiles sobre todo en las persecuciones que durante los años 1910 y 1920 se realizaron por violación de la Anti-Sedition Act y la anti-syndicalism acts, por violaciones de la Smith Act en el periodo de McCarthy y en la Guerra de Vietnam. Muy en particular cedió esta doctrina en la criminalización que durante décadas se hizo del comunismo, con una variable jurisprudencia. A este respecto P. R. TEACHOUT reconoce que hoy día tales decisiones se miran con vergüenza (*embarrassment*) («Making Holocaust Denial a Crime...», *op. cit.*, p. 678). En relación con la limitación al discurso subversivo, *vid.* *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919); *Debs v. United States*, 249 US 211 (1919); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Scafer v. United States*, 251 U.S. 468 (1920); *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239 (1920); y *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). También cabe destacar otras sentencias en décadas posteriores como *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957); *Communist Party v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961), *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967) y *Communist Party of Indiana v. Whitcomb*, 414 U.S. 441 (1974)-. Para un análisis detallado de esta jurisprudencia *vid.* E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 304 y ss.)

⁶³³ [that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out]

mercado de las ideas». Contra las ideas nocivas o peligrosas la respuesta debe ser «*more speech*»⁶³⁴.

No obstante lo dicho, y a pesar de que no existen constitucionalmente límites expresos a esta libertad, lo cierto es que no se excluye de manera absoluta la posibilidad de fijar ciertas regulaciones sobre esta libertad y de sancionar ciertos tipos de discursos; aunque ello, lógicamente, siempre en modo muy restrictivo⁶³⁵. Cualquier limitación a esta libertad deberá realizarse por una ley que tenga un alcance y contenido preciso y limitado (*narrowly tailored*), que responda a un interés nacional o social imperioso (*compelling interest*) y que constituya un recurso último sin que exista otra vía menos drástica (*the least restrictive means*). En este sentido, la jurisprudencia norteamericana ha identificado una serie de «discursos no protegidos» (*unprotected speech*), para cada uno de los cuales concreta unos tipos de escrutinio o criterios que permiten determinar si unas expresiones pueden o no ser sancionadas, pero evitándose cualquier tipo de restricción por el contenido en sí mismo de las mismas. Dentro de estos «discursos no protegidos» estarían: las expresiones obscenas (*obscenity*), las palabras provocadoras⁶³⁶ (*fighting words*), la incitación a acciones ilegales (*incitement to lawless action*) y las amenazas ciertas (*true threats*)⁶³⁷. Por su parte, sí que estaría constitucionalmente protegida la «defensa general de ideas» (*general advocacy of*

(traducción de J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p.42). El texto de la sentencia en inglés se puede encontrar en: <http://supreme.vlex.com/vid/abrams-v-united-states-20034509>

⁶³⁴ En este sentido, destacan también otros célebres casos como fueron *Whitney v. California* (1943); *N. York Times Co. V. Sullivan*, 376 US 254, 270 (1964); y *United States v. Associated Press*, 52 F. Supp 362, 372 (1943).

⁶³⁵ De manera muy persuasiva lo defendía el Juez HOLMES en la sentencia *Schenck v. United States*, 249 US 47, 51-52 (1919): «La más rigurosa protección de la libre expresión no podría proteger a un hombre que sabiendo que es una falsa alarma grita fuego en un teatro abarrotado provocando el pánico» [*The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic*]. La sentencia en inglés se puede encontrar en: <https://www.casetext.com/case/schenck-v-united-states-baer-v-same>

⁶³⁶ Las *fighting words*, tal y como vienen descritas por la Corte Suprema, es posible distinguir dos tipos de expresiones: aquellas que causan un daño (*inflict injury*) y aquellas otras que tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz (*tend to incite an immediate breach of peace*). *Vid. Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

⁶³⁷ En la sentencia *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), se catalogan en concreto como «*unprotected speech*»: «*the lewd and obscene, the profane, the libellous, and the insulting or fighting words*». También puede verse: *Cohen v. California* 403 USA 15 (1971). La selección aquí presentada sería una actualización de tales categorías iniciales, tal y como se referencia en J. C. KNECHTLE, «Holocaust denial and the concept...», *op. cit.*, p. 46 y V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 861. En P. R. TEACHOUT, «Making Holocaust Denial a Crime...», *op. cit.*, p. 676, se distingue entre «*dangerous, offensive, and heretical speech*».

ideas), es decir, la defensa o apología de cualquier tipo de creencia o idea, sin importar lo nociva o detestable que pueda resultar.

De esta manera, resulta interesante a los efectos del presente estudio atender al delicado límite existente entre la apología general de ciertas ideas o ideologías, en particular de aquellas racistas o antisemitas, entre las que se pueden incluir el negacionismo del Holocausto, o la justificación en general del genocidio o de crímenes contra la humanidad; y lo que sería la provocación a la violencia, susceptible de sanción bajo la categoría de *fighting words* o del *offensive or demeaning speech*. A este respecto, aunque la Corte Suprema no ha tenido que enfrentarse nunca a supuestos de sanción de expresiones negacionistas, sí que ha resuelto diferentes casos en el ámbito del *hate speech*, donde además ha mostrado una cierta tendencia evolutiva en la que ha pasado desde una posición moderadamente represiva de este tipo de discurso a una siempre más liberal⁶³⁸.

En esta jurisprudencia referida al *hate speech* una primera sentencia es la del caso **Beauharnais c. Illinois, 343 US 250, 1952**⁶³⁹, en la que la Corte admitió la constitucionalidad, por una reducida mayoría, de un delito que prohibía ciertos tipos de difamación colectiva, al considerar que ésta podía ser sancionada igual que resultaban las difamaciones individuales. Una doctrina que, sin embargo, pronto se vio superada, aunque sin una desautorización expresa. En esta nueva línea destaca el caso **Brandenburg v. Ohio, 395 US 444, 1969**⁶⁴⁰, donde la Corte amparó a unos miembros del Ku Klux Klan que habían realizado unas declaraciones contra negros y judíos en las que, aunque no se incitaba directamente a la violencia contra los mismos, sí que se les aconsejaba volver a África y a Israel respectivamente. Fue en esta sentencia donde la Corte claramente estableció la diferencia entre las expresiones que suponen una «incitación» a la violencia, que pueden ser sancionadas, frente a la mera «apología» del uso de la violencia, cuya sanción no sería legítima. A este respecto señalaba la Corte que la apología de acciones violentas sólo puede ser sancionada cuando «esta apología esté dirigida a incitar y producir inminentes acciones ilícitas y sea idónea para incitar o producir tal acción...»⁶⁴¹. Fijaba así un doble criterio para que una expresión incitadora a la violencia pudiera ser sancionada: por un lado, el requisito

⁶³⁸ Así se describe en I. SPIGNO, «Un dibattito ancora attuale...», *op. cit.*, pp.1928.

⁶³⁹ Texto original de la sentencia disponible en: <https://www.casetext.com/case/beauharnais-v-people-state-of-illinois-v-28-8212-29-1951>

⁶⁴⁰ Texto original de la sentencia disponible en: <https://www.casetext.com/case/brandenburg-v-ohio>. Otros pronunciamientos antes de llegar a esta sentencia en los que ya se puede ir observando tal debilitación de esta doctrina, son, por ejemplo: *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); y *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁶⁴¹ [*such advocacy is directed to inciting and producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action...*].

de que las acciones se realicen con la intencionalidad de producir de manera inminente acciones ilegales (*directed to inciting or producing imminent lawless action*), y, por otro, que las mismas sean idóneas para producirlas (*likely to incite or produce such action*). En otras palabras, para que las expresiones incitadoras no queden protegidas, será necesario, por un lado, una intencionalidad subjetiva del autor a que produzcan ciertos actos ilegales (*intent*), pero, además, las expresiones incitadoras han de ser idóneas para provocar tales acciones (*likelihood*) de forma inminente (*imminence*), es decir, en un futuro muy cercano (*very near future*)⁶⁴².

Esta doctrina es consolidada posteriormente en otras decisiones como son las sentencias **National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43, 1977**⁶⁴³, en la que la Corte Suprema consideró protegida bajo la I Enmienda la marcha de un grupo neonazi con uniformes de la SS por un suburbio de Chicago habitado por judíos supervivientes del Holocausto. O en la sentencia **R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 1992**⁶⁴⁴, en la que se estimó igualmente amparada por la I Enmienda el acto de quemar una cruz en las inmediaciones de una casa habitada por una familia de color. En esta última sentencia la Corte concluyó que las expresiones que ofendan sensibilidades o que hieran sentimientos debían quedar protegidas salvo que supusieran una amenaza de una inmediata ruptura de la paz (*immediate breach of peace*). La Corte Suprema también consideró que la norma sancionadora resultaba inconstitucional porque la misma castigaba la exhibición de ciertos símbolos sobre la base de motivos raciales, de color, creencia o género, pero dejaba fuera otros como por ejemplo la orientación sexual. En el año 2003, la Corte Suprema en su sentencia **Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 347 (2003)**⁶⁴⁵, volvió a discutir la constitucionalidad de una norma que prohibía la quema de cruces. Una prohibición que la Corte Suprema terminó por admitir pero en tanto que fuera interpretada restrictivamente: sólo se podrían proscribir aquellas

⁶⁴² De esta manera se supera el clásico criterio del «*clear and present danger*», que había sido afirmado por la Corte Suprema para justificar la limitación de la libertad de expresión ya en su sentencia *Schenck v. United States*, 249 US 47, 51-52 (1919), de forma que para poder determinar si una expresión estaba constitucionalmente protegida se debería determinar en cada caso si las expresiones utilizadas son de tal naturaleza y se pronuncian en tales circunstancias que crean un claro e inminente peligro de causar males que el Congreso tiene derecho a prevenir. Para un pormenorizado estudio de esta doctrina, *vid.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 225 y ss. o E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...*, *op. cit.*, pp. 271 y ss.

⁶⁴³ Texto original de la sentencia disponible en: <https://www.casetext.com/case/national-socialist-party-of-america-v-village-of-skokie>

⁶⁴⁴ Texto original de la sentencia disponible en: <https://www.casetext.com/case/ra-v-v-city-of-st-paul-minnesota>

⁶⁴⁵ Texto original de la sentencia disponible en: <https://www.casetext.com/document/print-to-pdf/virginia-v-black-5>

expresiones que resulten una amenaza de actos violentos ilícitos contra una persona o grupo. Las «*true threats*», aquellas amenazas actuales de violencia, también serán un discurso no protegido⁶⁴⁶, como ocurre con las «*fighting words*» que pueden provocar una inmediata «*breach of peace*».

Por último es interesante reseñar, por la relación que también puede tener con el negacionismo, la posición que la Corte Suprema ha mantenido en materia de libelo, cuando la difamación trae causa de informaciones falsas⁶⁴⁷. A este respecto, la Corte ha acuñado diferentes test según el carácter público del ofendido y del interés de la información: la «*actual malice*», en procesos seguidos por servidores públicos y figuras públicas; la existencia de «negligencia» en la verificación de la información, en procesos por difamación por sujetos privados; y, cuanto menos, el difamador podrá ser castigado si se pone de manifiesto que operó conociendo la falsedad o con desprecio hacia la verdad («*knowing or reckless disregard for the truth*»)⁶⁴⁸. Cuestión distinta es la dificultad para distinguir entre enunciados de hecho y meras opiniones, a las cuales no sería posible aplicar estos test. En tal sentido, puede tomarse como referencia la sentencia **Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)**⁶⁴⁹, en la que la Corte Suprema vino a concluir que las opiniones, aunque fueran ofensivas o se dirigieran a herir, deberían ser toleradas en la medida que una condena de las mismas sólo podría fundarse en convicciones subjetivas; sin embargo, cuando el daño inferido fuera debido a la afirmación de un hecho falso, realizadas con la intención de provocar tal daño y a sabiendas de tal falsedad, entonces sí que podrían ser castigadas.

En conclusión, se observa cómo la jurisprudencia norteamericana eleva notablemente el estándar de protección incluso frente a expresiones claramente provocadoras. Únicamente podrán ser sancionadas aquellas que tengan la intencionalidad de incitar, pero que además sean idóneas para provocar una violencia, entendida ésta como un «peligro cierto e inminente», o de las que resulte una amenaza real⁶⁵⁰. De esta manera, como indica LANDA GOROSTIZA, «la posibilidad

⁶⁴⁶ Así lo afirma M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato», en A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Turín, 2005, p. 118.

⁶⁴⁷ En una larga evolución jurisprudencial *cfr.*, entre otras: *New York Times Co v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Associated Press v. Walker*, 388 U.S. 130 (1967); *Curtis Publ. Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967); *Rosebloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29 (1971); *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

⁶⁴⁸ En este sentido, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 111.

⁶⁴⁹ Texto original de la sentencia disponible en: <https://www.casetext.com/case/hustler-magazine-v-falwell>

⁶⁵⁰ FISCH concluye a este respecto que «sólo cuando el odio se realice a través de violencia o de otras acciones ilícitas o de una amenaza inminente, dirigida contra otros o que se refleje contra la

de la utilización de la incriminación de “expresiones provocadoras” como instrumento penal antixenóforo se ha visto en principio frustrada»⁶⁵¹. Es cierto que no es una discusión cerrada⁶⁵² y cada vez son más las teorías que tratan de revelar los efectos contraproducentes del exceso de tolerancia, incluso para el libre mercado de las ideas, como es el «efecto silenciador» que los discursos amenazantes pueden tener sobre ciertos grupos o sectores de la población⁶⁵³. Sin embargo, hoy por hoy creo que la frustración que expresaba LANDA en los intentos de lograr más incisivos castigos frente al discurso del odio se puede proyectar sobre cualquier propuesta que pretendiera sancionar los discursos negacionistas en los Estados Unidos. En contra WACHSMANN sostiene, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema distinguiendo entre opiniones y hechos, que a diferencia de las expresiones racistas, que serían catalogables como opiniones, en el caso del negacionismo nos encontraríamos con «*l'affermazione in mala fede di fatti erronei non corrispondenti al vero*»⁶⁵⁴, que causan además un daño, por lo cual una legislación contra las mismas podría no resultar incompatible en el ámbito norteamericano. En mi opinión, por el contrario, entiendo que calificar el negacionismo como una mera afirmación de hechos falsos es simplificar demasiado el contenido de este tipo de conductas, las cuales suelen contener juicios de valor que superan la pura afirmación de hechos. Normalmente su naturaleza, como se ha podido ver, es más bien valorativa y en algunos casos revestida pseudo-científicamente. Pero, además, la lógica profunda de la doctrina norteamericana, la cual pretende garantizar el mayor debate de cualquier género de ideas o posiciones, incluso aquellas nocivas o equivocadas, y la mayor neutralidad de los poderes públicos a este respecto, no creo que permita admitir tal incriminación. Y es que, como se ha comenzado diciendo, la base cultural y jurídica norteamericana rechaza cualquier forma de paternalismo estatal como el

víctima del odio, traspasará los últimos límites de la libertad de expresión» [*Only when hatred is actualized by violence or other unlawful action or an immediate threat thereof, directed toward others or reflexively from the victim toward the hater, does the latter encounter the limits of free speech*] («Holocaust Denial and Academic Freedom», *op. cit.*, p. 491).

⁶⁵¹ J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 110. El autor señala, no obstante, que la cuestión no está plenamente cerrada y hay algunas decisiones contradictorias en diversas instancias judiciales sobre la constitucionalidad de este tipo de figuras penales.

⁶⁵² En este sentido, advierte MANETTI, siguiendo a Stephen SHRIFFIN, puede ser que «l'epoca dell'innocenza è finita. Gli americani ormai sanno di non poter avere embrambe le cose: il rifiuto di ogni forma di paternalismo, da un lato, e la parità razziale, dall'altro» («L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 120).

⁶⁵³ A este respecto, *cf.* M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, pp. 122 ss.

⁶⁵⁴ P. WACHSMANN, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 61.

que puede deducirse de las justificaciones que con carácter general se ofrecen a los tipos penales antinegacionistas⁶⁵⁵. De manera que, lo cierto es que hasta el momento en los EE.UU. no se ha aprobado ninguna norma que venga a incriminar las expresiones negacionistas y, de hecho, a pesar de que este país es una de las bases centrales para este tipo de actividades, como se ha visto, la única condena recibida en los EEUU lo fue en el asunto Mel Mermelstein por propaganda falsa al no cumplir el *Institute for Historical Review* con su compromiso de dar un premio económico a quien lograra dar alguna prueba de los gaseamientos nazis en campos de concentración⁶⁵⁶.

3.2. Canadá

Canadá, aunque con fuertes influencias de sus vecinos estadounidenses, sin embargo adopta una posición menos absoluta en la protección de la libertad de expresión. A nivel constitucional reconoce como libertad fundamental a la libertad de expresión⁶⁵⁷, pero al mismo tiempo establece que cualquiera de estas libertades podrá quedar sujeta a límites razonables prescritos por ley y que puedan ser justificados en una sociedad democrática libre⁶⁵⁸. Una diferencia que ya de partida es notable con respecto a la *Bill of Rights* norteamericana.

Así las cosas, aunque Canadá no ha establecido un delito en concreto frente a las conductas negacionistas, sin embargo sí que ha incorporado en su Código penal límites penales al *hate speech*, como el delito de apología del genocidio (art. 318 Código penal)⁶⁵⁹ o el de incitación pública al odio (art. 319 Código penal)⁶⁶⁰. A

⁶⁵⁵ Vid. P. R. TEACHOUT, «Making Holocaust Denial a Crime...», *op. cit.*, *in toto*.

⁶⁵⁶ Vid. *supra* Cap. 2, epígrafe 2.2.

⁶⁵⁷ El artículo 2 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* en su letra b) reconoce como libertad fundamental la «libertad de pensamiento, creencia, opinión y expresión, incluida la libertad de prensa y de otros medios de comunicación» [*freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication*]. El texto es accesible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>

⁶⁵⁸ Así lo establece el artículo 1 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: «La Carta de Derechos y Libertades de Canadá garantiza los derechos y las libertades reconocidos por la misma, sujetos únicamente a aquellos límites razonables prescritos por la ley que puedan demostrarse justificados en una sociedad libre y democrática» [*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*].

⁶⁵⁹ El texto íntegro del artículo actualmente en vigor:

«**318.** (1) *Every one who advocates or promotes genocide is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.*

(2) *In this section, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy in whole or in part any identifiable group, namely,*

(a) *killing members of the group; or*

este respecto resultan de especial interés dos sentencias de la Corte Suprema canadiense en las que afronta los límites a la libertad de expresión en relación con este género de discursos.

(b) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction.

(3) No proceeding for an offence under this section shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(4) In this section, "identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion, ethnic origin or sexual orientation.» (Fuente: Gobierno de Canadá. Accesible en la web: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-155.html#h-92>).

⁶⁶⁰ El texto actualmente vigente:

«319. (1) Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, the person expressed or attempted to establish by an argument an opinion on a religious subject or an opinion based on a belief in a religious text;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

(4) Where a person is convicted of an offence under section 318 or subsection (1) or (2) of this section, anything by means of or in relation to which the offence was committed, on such conviction, may, in addition to any other punishment imposed, be ordered by the presiding provincial court judge or judge to be forfeited to Her Majesty in right of the province in which that person is convicted, for disposal as the Attorney General may direct.

(5) Subsections 199(6) and (7) apply with such modifications as the circumstances require to section 318 or subsection (1) or (2) of this section.

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section, "communicating" includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means; "identifiable group" has the same meaning as in section 318; "public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied; "statements" includes words spoken or written or recorded electronically or electromagnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.» (Fuente: Gobierno de Canadá. Accesible en la web: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-155.html#h-92>).

3.2.1. Manifestaciones anti-semitas en la escuela: caso Regina v. Keegstra

La primera de las decisiones es el **caso Regina v. Keegstra**⁶⁶¹ en el que la Corte Suprema, aunque por una mínima mayoría de cuatro contra tres, consideró constitucionalmente adecuada la sanción de una profesora que había realizado manifestaciones anti-semitas en su clase⁶⁶², en aplicación del art. 319(2) del Código penal que incriminaba las conductas de promover públicamente al odio contra un grupo de personas definido sobre la base de su color, raza, religión u origen étnico. La Corte Suprema admitió la sanción del discurso del odio pero lo hizo evitando una exclusión general de este tipo de discursos y se aplicó en un análisis exhaustivo de las medidas sancionadoras. Para ello procedió, siguiendo su propia doctrina, realizando un análisis en dos niveles: primero delimitando el ámbito de expresiones que tendrían una protección constitucional *prima facie*, para luego determinar si las medidas restrictivas impuestas estaban justificadas.

Esta delimitación *prima facie* de la libertad de expresión partía de la consideración de una fundamentación muy abierta de los valores a los que sirve⁶⁶³. Por tanto, no cabría excluir de protección *prima facie* a ningún tipo de expresión en atención a su contenido y únicamente sería posible su exclusión de este ámbito

⁶⁶¹ Regina v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697. El texto de esta sentencia es accesible en: <http://scc.lexum.org/en/1990/1990scr3-697/1990scr3-697.html>. Un análisis de esta sentencia puede encontrarse en M. ROSENFELD, «Hate speech in constitutional jurisprudence...», *op. cit.* pp. 29 y ss.; y C. M. CASCIONE, «Negazionismo e libertà di espressione...», *op. cit.*, pp.16 y 17.

Junto a esta sentencia debe tenerse en cuenta la decisión Regina v. Andrews, [1990] 3 S.C.R. 870, en la que la Corte se acogerá a la justificación dada por la mayoría en el asunto Keegstra para avalar la constitucionalidad del artículo 319.2 del Código penal. En este asunto se planteaba la sanción por propaganda del odio que había sido impuesta a los responsables de una publicación bi-mensual llamada «*Nationalist Reporter*» de contenido xenófobo y racista. El texto de esta sentencia es accesible en: <http://scc.lexum.org/en/1990/1990scr3-870/1990scr3-870.html>.

⁶⁶² En concreto había descrito a los Judíos como «*treacherous*», «*subversive*», «*sadistic*», «*money-loving*», «*power hungry*», y «*child killers*». Asimismo enseñaba en sus clases cómo los judíos habían intentado destruir el Cristianismo y eran responsables de depresiones, anarquía, caos, revoluciones y guerras. Llegó a afirmar que los judíos habrían «creado el Holocausto para ganar simpatía» y pretendía examinar a sus alumnos de tales contenidos.

⁶⁶³El juez ponente en la sentencia sintetiza estos fines, siguiendo su doctrina mantenida en la sentencia al asunto *Irwin Toy* (at p. 976), de esta manera: «(1) buscar y alcanzar la verdad es una actividad inherentemente buena; (2) participar en el proceso de toma de decisiones social y política debe ser fomentado y alentado; y (3) la diversidad en las formas de autorrealización individual y florecimiento humano debe ser cultivado en un ambiente tolerante y acogedor por el bien tanto de aquellos que transmiten un significado como de aquellos a quienes se transmite el significado» [(1) *seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom meaning is conveyed.*].

cuando se tratase de expresiones que por su «forma», no por su «contenido», resultaran «físicamente violentas»⁶⁶⁴. En esta última categoría no cabría incluir, a juicio de la Corte, a la propaganda o a las amenazas de violencia, ya que las mismas no supondrían una expresión comunicada directamente a través de un «daño físico»⁶⁶⁵. De esta forma, el discurso del odio, en opinión de la Corte, pasaría este primer análisis. Como afirmaba el juez ponente, sería suficiente con que se intentara «transmitir un significado» para dar protección *prima facie* al mismo sin atender a su contenido⁶⁶⁶.

El segundo nivel de análisis operaría para determinar los límites que dentro del ámbito *prima facie* protegido son admisibles por encontrarse justificados en una «sociedad libre y democrática». Para ello, según la Corte, habría que realizar un doble juicio: en primer lugar, determinar si se encontraban justificados en un «objetivo imperioso y esencial» para una sociedad definida como libre y democrática. En segundo lugar habría que realizar un juicio de proporcionalidad entre el fin protegido y la medida restrictiva. Este juicio de proporcionalidad se fundamentaría en: 1) Un test de razonabilidad, en el que se atiende a si la media está diseñada con precisión para realizar el objetivo en cuestión; 2) un test de intervención mínima a la libertad de expresión; y 3) un test de proporcionalidad en sentido estricto entre los efectos de la medida y el objetivo de la misma. Todo lo cual exigiría entonces enjuiciar en concreto, por un lado, los valores en juego, tanto aquellos sobre la base del discurso cuya prohibición se pretende como los valores

⁶⁶⁴ En este sentido, afirmaba la Corte que «[a]parte de los casos raros donde la expresión se comunica en un modo físicamente violento, la Corte ha visto que la naturaleza fundamental de la libertad de expresión es asegurar que “si la actividad transmite o intenta transmitir un significado, tiene un contenido expresivo y *prima facie* cae dentro del ámbito de la garantía (p. 969). En otras palabras, el término “expresión” como es usado en la s. 2(b) de la Carta abarca todo el contenido de expresión independientemente del significado particular o del mensaje que pretendiera ser transmitido» [*Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that “if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and prima facie falls within the scope of the guarantee” (p. 969). In other words, the term “expression” as used in s. 2(b) of the Charter embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed*].

⁶⁶⁵ [*expression communicated directly through physical harm*].

⁶⁶⁶ Así, la Corte mantenía «como en Irwing Toy subraya que el tipo de mensaje transmitido es irrelevante para la cuestión de si se infringe la s. 2(b), que las expresiones cubiertas por la s. 319(s) sean ingratas y detestables resulta irrelevante. Es suficiente que aquellos que públicamente y deliberadamente promueven al odio transmitan o intenten transmitir un significado, para concluir que el primer paso del test de Irwin Toy queda satisfecho» [*Because Irwin Toy stresses that the type of meaning conveyed is irrelevant to the question of whether s. 2(b) is infringed, that the expression covered by s. 319(2) is invidious and obnoxious is beside the point. It is enough that those who publicly and wilfully promote hatred convey or attempt to convey a meaning, and it must therefore be concluded that the first step of the Irwin Toy test is satisfied*].

que se pretenden proteger o promover con la medida limitativa; y, por otro, también habría que atender a otras circunstancias contextuales.

En el análisis en concreto sobre las medidas que castigan el discurso del odio, la Corte consideró en primer lugar que el objetivo de la lucha contra la propaganda racista resultaba legítimo y contaba con relevancia suficiente para justificar la intervención legislativa. La Corte entendía que se debe dar respuesta a tales intentos de humillación y degradación de la persona en la medida que pueden resultar comprometedores para la convivencia pacífica entre los diversos grupos raciales, religiosos y culturales; algo a lo que además Canadá se encontraría comprometida por mor de diversos instrumentos internacionales que también debían ser tenidos en cuenta.

En este test de proporcionalidad referido al discurso del odio, la Corte realizaba un primer juicio sobre los valores en juego en el que el juez ponente se mostraba particularmente contundente al no admitir que expresiones de propaganda racista pudieran entenderse como «cruciales» para mejorar el sistema político y social dentro del espíritu liberal de búsqueda de la verdad y del libre mercado de las ideas⁶⁶⁷. Consideraba, más allá, que este tipo de discurso lo que

⁶⁶⁷ En concreto, declaraba de forma contundente: «En el núcleo de la libertad de expresión se encuentra la necesidad de asegurar que se logren la verdad y el bien común, ya sea en actividades científicas y artísticas o en el proceso de determinación de cual sea el mejor curso a tomar en nuestros asuntos políticos. En la medida que la verdad y la forma ideal de organización política y social pueden raramente, si se pueden, identificar con certezas absolutas, es difícil prohibir la expresión sin impedir el libre intercambio de información potencialmente valiosa». A lo que añadía que, «[s]in embargo, el argumento de la verdad no proporciona un apoyo convincente a la protección de la propaganda del odio. Llevado a sus extremos, este argumento requeriría permitir la comunicación de toda expresión, es imposible de conocer con absoluta certeza qué afirmaciones de hechos son verdaderas, o qué ideas proporcionan el mayor bien [...] el Estado no debe ser el único árbitro de la verdad, pero tampoco se debe sobrestimar la visión de que la racionalidad superará todas las falsedades en un desregulado mercado de las ideas. Hay muy pocas posibilidades de que discursos dirigidos a la promoción del odio contra un grupo identificable sean verdad, o que tal visión de la sociedad pueda llevar a un mundo mejor. Retratar estos discursos como cruciales para la verdad y para el mejoramiento del ambiente político y social resulta equivocado». [*At the core of freedom of expression lies the need to ensure that truth and the common good are attained, whether in scientific and artistic endeavors or in the process of determining the best course to take in our political affairs. Since truth and the ideal form of political and social organization can rarely, if at all, be identified with absolute certainty, it is difficult to prohibit expression without impeding the free exchange of potentially valuable information. Nevertheless, the argument from truth does not provide convincing support for the protection of hate propaganda. Taken to its extreme, this argument would require us to permit the communication of all expression, it being impossible to know with absolute certainty which factual statements are true, or which ideas obtain the greatest good. [...] the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overplay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas. There is very little chance that statements intended to promote hatred against an identifiable group are true, or that their vision of society will lead to a better world. To portray*

pretende incluso es subvertir el proceso democrático al negar el respeto y la dignidad a los individuos simplemente por sus características raciales o religiosas. Llegaba a considerar así que en algunas circunstancias el rechazo de ciertas formas de expresión podía contribuir a la protección de los valores centrales de la libertad de expresión⁶⁶⁸. Una posición que se encontraba lejos de las doctrinas más liberales, para las cuales cualquier limitación de la libertad o de un tipo de discurso supone un atentado contra los valores de la misma⁶⁶⁹.

De esta manera, el discurso del odio se situaba en un punto en el que sus limitaciones pueden resultar más fácilmente justificables. Sin embargo, a renglón seguido, el juez ponente rechazaba el que esto supusiera caer en juicios inflexibles sobre la base de distintos «niveles de escrutinio», sino que confirmaba que lo que se debía atender era a un enjuiciamiento abierto que tuviera en cuenta los diversos elementos en juego.

En este análisis procedía entonces a enjuiciar la concreta medida de sanción del discurso del odio a partir de los distintos elementos antes señalados (conexión racional, mínima intervención, etc.), a cuyo resultado concluía que la misma estaría justificada y resultaba proporcionada. En particular, el juez ponente consideraba que, atendida la importancia de los fines perseguidos por la medida, se creaba un delito suficientemente definido que sancionaba únicamente aquellas expresiones de mayor gravedad, exigiéndose a este respecto unos elementos subjetivos de intencionalidad y de publicidad que cualifican la acción típica e incluyéndose también unas cláusulas de exención de responsabilidad amplias.

Admitida así la legitimidad constitucional de este delito con respecto a la libertad de expresión, la Corte enjuiciaba también el mismo valorando si pudiera comprometer la presunción de inocencia. El problema se planteaba porque, entre las cláusulas de exclusión de la tipicidad de la conducta, se encontraba el que se pudiera probar que las expresiones afirmadas son ciertas; en cuyo caso no podrían

such statements as crucial to truth and the betterment of the political and social milieu is therefore misguided.].

⁶⁶⁸ Literalmente consideraba que «[d]e hecho, se puede sostener de manera plausible que a través del rechazo de la propaganda del odio el Estado puede estimular de la mejor forma la protección de los valores centrales de la libertad de expresión, al tiempo que muestra su rechazo para las visiones mantenidas por los distribuidores de odio» [*Indeed, one may quite plausibly contend that it is through rejecting hate propaganda that the state can best encourage the protection of values central to freedom of expression, while simultaneously demonstrating dislike for the vision forwarded by hate-mongers.*].

⁶⁶⁹ En este sentido afirmaba que «[l]o que quiero enfatizar, sin embargo, es que uno tiene que ser cauteloso en no aceptar ciegamente que la supresión de expresiones deba siempre y de forma irremediable mermar los valores centrales de la libertad de expresión» [*What I do wish to emphasize, however, is that one must be careful not to accept blindly that the suppression of expression must always and unremittingly detract from values central to freedom of expression.*].

ser sancionadas. La Corte consideraba entonces que tal inversión de la carga de la prueba debía entenderse justificada por considerarla proporcionada y basada en unos motivos imperiosos y esenciales. Se admitía toda vez que se trataba de una inversión que operaría no sobre un elemento del núcleo de la sanción penal, sino que ofrecía la posibilidad de enervar la misma. La sanción no se daba por el hecho de difundir una información falsa, sino por difundir una propaganda con una intencionalidad de generar odio; ahora bien, cuando tal propaganda naciera de la difusión de unos hechos ciertos, entonces se permitiría que no se sancionase porque se abriría una duda sobre si los mismos fueron difundidos para generar tal odio.

Por tanto, como se ha dicho, la Corte Suprema, aunque por una exigua mayoría, avalaría la posible sanción del discurso del odio pero sobre la base de un análisis muy concreto de las circunstancias particulares tanto del tipo penal como de su contexto; algo que dificulta el poder extraer de la misma una conclusión sobre la posición que tendría la Corte ante la sanción de expresiones negacionistas.

3.2.2. Negacionismo y publicación de noticias falsas: el asunto *R. v. Zundel*

Por su parte, la única ocasión en la que la Corte Suprema ha tenido que enfrentarse a un caso de negacionismo, en el **asunto *R. v. Zundel***⁶⁷⁰, lo fue en aplicación del art. 181 del Código penal que regula el delito de publicación de noticia falsa⁶⁷¹ por el panfleto «*Did Six Million Really Die?*» en cuya publicación ZUNDEL había añadido un prefacio y un epílogo⁶⁷². Ahora bien, en su resolución la Corte se centraría en analizar si resultaba constitucionalmente admisible la incriminación de declaraciones que por su falsedad pudieran perjudicar o causar daño a un «interés público», realizando un juicio de constitucionalidad en buena parte abstracto sobre la norma y sin afrontar directamente la cuestión sobre la legitimidad del *hate speech*, como en la decisión al caso *R. v. Keegstra* o, más en concreto, del discurso negacionista cuya sanción se había producido. Ahora bien, ello no priva de interés a esta sentencia, ya que del enjuiciamiento que realiza de

⁶⁷⁰ Regina v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731. El texto de la sentencia está accesible en: <http://scc.lexum.org/en/1992/1992scr2-731/1992scr2-731.html>

⁶⁷¹ «Cualquiera que deliberadamente publique una manifestación, relato o noticia a sabiendas de su falsedad y cause o pueda causar injuria o daño a un interés público será responsable de delito y declarado responsable a penas de prisión...» [*every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment . . .*].

⁶⁷² Sobre este panfleto y la persona de Ernst ZUNDEL, *vid. supra* Cap. 2, epígrafe 2.2.

los distintos elementos del tipo penal de la publicación de noticias falsas se pueden extraer elementos de juicio en parte proyectables sobre lo que pudiera ser un tipo penal específico contra el negacionismo.

Así las cosas, la Corte en este caso comenzaba realizando una distinción de los tres elementos que serían necesarios que concurrieran según el tipo penal para que éste resultara aplicable (y sobre los que se debería pronunciar el jurado al que le corresponde resolver estos delitos): 1) Que se publicara una declaración, noticia o relato que sean falsos; 2) que el autor fuera consciente de su falsedad; 3) Que la misma causase o pudiera causar un daño a un interés público. Resulta de interés cara a la cuestión de los discursos negacionistas destacar que la Corte al analizar estos elementos reconoció la dificultad de verificar la falsedad de un discurso en materias históricas y de poder distinguir cuando unas declaraciones pueden considerarse opiniones o son sin embargo afirmaciones de hechos. Del mismo modo, también consideraba complejo el poder determinar el elemento subjetivo de la realización a sabiendas de tal falsedad. Y sería también necesario identificar y determinar el interés público que se podía ver ofendido.

En este sentido, haciendo un juicio en concreto sobre el caso, el juez ponente advertía que el mismo no había sido un proceso penal en el sentido habitual, ya que el veredicto del jurado habría estado prácticamente predeterminado. Consideraba que «el veredicto fluyó inevitablemente desde la indiscutible consideración como hecho de la publicación de este panfleto, a que su contenido que divergía de la versión histórica aceptada sobre el Holocausto, y al interés público en mantener la tolerancia racial y religiosa»⁶⁷³, de manera que habría habido poco margen de posibilidad para que se pudiera demostrar que la publicación era una expresión de una opinión y no una afirmación de hechos⁶⁷⁴, que el autor no era consciente de la falsedad de las afirmaciones o que las mismas no eran susceptibles de provocar un daño sobre un interés público. Unas dificultades que imputaba a la vaguedad de de los conceptos referidos en el

⁶⁷³ [*The verdict flowed inevitably from the indisputable fact of the publication of the pamphlet, its contents' divergence from the accepted history of the Holocaust, and the public interest in maintaining racial and religious tolerance.*].

⁶⁷⁴ En particular, por lo que respecta al discurso negacionista, consideraba que al aplicar la técnica de la «noticia judicial» al Holocausto nazi, como se mantuvo en la sentencia, «la realidad es que cuando la materia sea una cuestión sobre la que la mayoría de las personas haya fijado su posición, las opiniones [sobre esta cuestión], a todos los efectos prácticos, serían tratadas como expresiones de un “hecho falso”» [*The reality is that when the matter is one on which the majority of the public has settled views, opinions may, for all practical purposes, be treated as an expression of a “false fact”.*].

precepto, como son «hechos contra opiniones o verdad contra falsedad en un contexto histórico, y la posibilidad de “dañar” el “interés público”»⁶⁷⁵.

Tras estas consideraciones, la Corte se planteaba en concreto, dentro de lo que sería ese análisis *prima facie*, si se debía proteger el derecho del Sr. ZUNDEL a publicar el libro *Did Six Million Really Die? A* este respecto reconocía la importancia de esta libertad para una sociedad democrática de tal forma que la misma sólo podría resultar restringida en las «circunstancias más claras». En concreto, indicaba que la libertad de expresión se extendería a las creencias de aquellas personas que defienden extremos que la mayoría puede considerar como falsos o equivocados. Así, recogiendo una cita del Juez HOLMES, consideraba que «el hecho de que el contenido del discurso de una persona pueda “excitar los prejuicios populares” no es razón para negarle protección porque “si hay algún principio en la Constitución que de manera más imperativa llame a ello más que ningún otro es el principio del libre pensamiento – no es el libre pensamiento para aquellos con los que estamos de acuerdo sino la libertad para aquellos a los que odiamos”: *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), at pp. 654-55.»⁶⁷⁶. Así las cosas, el juez ponente enfatizaba en esta sentencia cómo la garantía de la libertad de expresión serviría para proteger los puntos de vista de las minorías por muy impopulares que pudieran ser, sin que la mayoría pudiese imponer su percepción sobre aquello que es verdad o sobre lo que resulta de interés público: «La visión de la mayoría no necesita de protección constitucional; es tolerada en cualquier caso. Visto así, una ley que prohíbe expresiones de una minoría o puntos de vista “falsos” bajo pena de un proceso penal y de prisión, a primera vista, ofende el objeto de la garantía de la libertad de expresión»⁶⁷⁷. En tal sentido, la Corte reiteraba su doctrina en cuya virtud las expresiones no podrían ser excluidas de protección por su contenido, sino en atención al modo en como éstas se realizan; pero lo haría resaltando particularmente, en unos términos mucho más contundentes que en el caso *Keegstra*, la importancia de que se diera protección a todo discurso por muy odiosos que resultasen.

⁶⁷⁵ [The fault lies rather in concepts as vague as fact versus opinion or truth versus falsity in the context of history, and the likelihood of "mischief" to the "public interest".].

⁶⁷⁶ [the fact that the particular content of a person's speech might "excite popular prejudice" is no reason to deny it protection for "if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought -- not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate": *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), at pp. 654-55.].

⁶⁷⁷ [The view of the majority has no need of constitutional protection; it is tolerated in any event. Viewed thus, a law which forbids expression of a minority or "false" view on pain of criminal prosecution and imprisonment, on its face, offends the purpose of the guarantee of free expression.].

Se ve cómo la respuesta en esta primera parte del análisis resultaba la misma en los dos casos: en el caso Keegstra incluía dentro del ámbito de la libertad de expresión a las expresiones de propaganda racista, igual que en la resolución del caso Zundel vino a rechazar que las expresiones deliberadas de mentiras constituyan una forma ilegítima de expresión. Ahora bien, la retórica es ya algo distinta, como se ha señalado.

A mayor abundamiento, en esta delimitación inicial de la libertad, la Corte tampoco admitió el argumento de que las publicaciones falsas no podían quedar protegidas porque no servían a ningún valor, como la verdad, la participación política o social, o el desarrollo personal. A este respecto, el juez ponente advertía que, por el hecho de resultar falsa una declaración, ello no quería decir que estuviera privada de valor. Pero es que, además, como hacía notar el juez, resultaría muy difícil poder fijar la veracidad como un criterio justo para denegar la protección constitucional.

En primer lugar, esta dificultad en el recurso a la veracidad se pondría de manifiesto porque exige determinar cuál sea el significado del mensaje, un significado que además podría cambiar en función de quien lo reciba (un mensaje puede tener una significación para el emisor y significaciones diversas para los receptores). Con respecto a los mensajes negacionistas, consideraba que «incluso una publicación de la crudeza como las que se tratan en este caso ilustra la dificultad de determinación del significado. En opinión de la apelante, la afirmación de que no hubo una política Nazi de exterminio de judíos en la II Guerra Mundial comunica un único significado –que no hubo ninguna política, un significado que, como acertadamente señalan mis colegas, puede ser extremadamente dañino para quienes han sufrido o han perdido seres queridos bajo la misma. Sin embargo, otros significados podrían derivarse de esta actividad expresiva, por ejemplo, que el público no debe adoptar versiones “aceptadas” de la historia, de la verdad, etc., o que uno debe realizar rigurosamente la caracterización común de eventos pasados. Incluso en modo más esotérico, lo que viene comunicado por el solo hecho de que personas como el recurrente Sr. ZUNDEL sea capaz de publicar y distribuir materiales, independientemente de su engaño, es que existe un valor inherente a la comunicación o afirmación de “hechos” u “opiniones” sin trabas»⁶⁷⁸.

⁶⁷⁸ *[Even a publication as crude as that at issue in this case illustrates the difficulty of determining its meaning. On the respondent's view, the assertion that there was no Nazi Policy of the extermination of Jews in World War II communicates only one meaning -- that there was no policy, a meaning which, as my colleagues rightly point out, may be extremely hurtful to those who suffered or lost loved ones under it. Yet, other meanings may be derived from the expressive activity, e.g., that the public should not be quick to adopt 'accepted' versions of history, truth, etc., or that one should rigorously analyze common characterizations of past events. Even more esoterically, what is being*

En segundo término, la veracidad resultaría un criterio difícilmente asumible en la medida en que, una vez determinado cada uno de los posibles significados que pudiera tener un cierto mensaje, resultaría en sí mismo difícil el poder determinar en cada caso si una afirmación es verdadera o falsa. En casos como la negación del Holocausto podría ser relativamente fácil determinar su falsedad, pero en otros muchos, sobre todo en complejos hechos sociales e históricos, es excesivamente difícil. Para sostener esta afirmación el juez ponente tomaba como ejemplo la acción civil por difamación, la cual obliga en algunos casos a decidir sobre la veracidad o no de unos hechos, pero unos hechos referidos siempre a una vida individual en los que se suele poder dar prueba directa sobre su carácter verdadero o falso; algo que, en opinión del juez, no ocurriría con referencia a hechos históricos y sociales complejos.

El juez concluía a este respecto que aplicando un criterio de protección amplio a la libertad de expresión no se podía considerar privado de la misma un discurso por la sola razón de no ser cierto, debiéndose dejar los argumentos sobre el valor de tal discurso para la ponderación sobre los efectos perjudiciales que el mismo pudiera presentar en el marco del art. 1 de la Carta, es decir, en el segundo nivel del análisis. Y es que no cabría, como se ha dicho, privaciones de protección en consideración al contenido por muy repudiable que éste fuera. Más allá de cuál fuera el propósito del legislador con la incorporación de este delito, consideraba el juez ponente que el mismo puede llevar a la sanción de una persona por sus solas palabras, algo que consideraba contrario a la Carta.

Llegada a esta conclusión, la Corte pasaba entonces a plantearse la segunda parte del enjuiciamiento y se preguntaba si tal limitación estaría justificada en una sociedad democrática libre. A este respecto, consideraba en primer lugar que el precepto pasaría el test de que la limitación se encontrara «prevista por ley». Sin embargo, lo que el juez encontraba más difícil era reconocer un motivo concreto y suficientemente relevante penalmente para justificar la inclusión de este tipo penal, en contraste con otras medidas como la del caso Keegstra donde como se ha visto sí que claramente se podía reconocer el motivo de la protección de la tolerancia racial. Entendía que este último motivo no podía servir de justificación al genérico precepto cuestionado en la medida que éste sanciona cualquier discurso que pueda dañar a un «interés público» sin especificar más cuál puede ser el mismo. Asimismo, entrando en el juicio de proporcionalidad de la medida, estimaba que el carácter abierto de este precepto y la gravedad de sus sanciones podían provocar un efecto disuasorio para la expresión de personas y, por tanto,

communicated by the very fact that persons such as the appellant Mr. Zundel are able to publish and distribute materials, regardless of their deception, is that there is value inherent in the unimpeded communication or assertion of "facts" or "opinions".].

no lo consideraba proporcionado. Es por ello que la Corte concluía que este precepto, a diferencia del delito de propaganda racista, no atendía ni a unos fines legislativos concretos ni mucho menos a una necesidad social imperiosa que justificase tal medida restrictiva, la cual vulneraría por tanto la libertad de expresión.

3.2.3. A modo de conclusión: la ponderación concreta de los distintos elementos en las medidas restrictivas de la libertad de expresión

A la luz de la jurisprudencia estudiada se observa el contraste entre las dos sentencias de la Corte Suprema, la cual, como se ha visto, se aleja de posiciones abstractas y a la hora de enfrentarse a limitaciones a la libertad de expresión opta por una ponderación concreta de los distintos elementos en juego, de los valores comprometidos y del contexto de las medidas adoptadas en cada caso⁶⁷⁹. Este *modus operandi* de la Corte dificulta, como se decía, el poder extraer unas reglas generales que permitieran dar respuesta a la cuestión sobre si sería constitucionalmente legítimo un tipo penal que incriminara en concreto las conductas negacionistas. No obstante, sí que hay algunos elementos que a este respecto pueden ser reseñados ante un eventual juicio sobre la sanción a este tipo de discurso.

En primer lugar, la Corte ha reiterado su doctrina sobre la libertad de expresión en cuya virtud no cabe excluir del ámbito de protección *prima facie* de la libertad de expresión a ningún tipo de expresiones por su contenido. De esta manera, el discurso negacionista, aunque se trate de expresiones falaces y que promuevan el odio, va a estar en principio considerado dentro del ámbito de protección de esta libertad. Sobre tal conclusión inicial no cabe lugar a dudas y ya supone un notable contraste con la doctrina mantenida en otros ordenamientos, muy particularmente por el TEDH.

De esta manera, la clave estaría entonces en el juicio de ponderación concreto que se hiciera de la medida que en su caso se adoptara. A este respecto, la lucha contra el negacionismo asume la misma base que la lucha contra el discurso

⁶⁷⁹ A este respecto señala CASCIONE que «è emblematica del *modus procedendi della Corte suprema candese, la quale dimostra la capacità di valutare la reale portata dei limiti applicabili alla libertà di manifestazione del pensiero mediante un bilanciamento di interessi, che è garantito non attraverso proposizioni astratte, ma riferite al singolo contesto in una visione programmatica e concreta di situazioni similari, ma diversi tra loro*» («Negazionismo e libertà di espressione...», *op. cit.*, p.17). Sobre la sanción del negacionismo en Canadá, *vid.* I. SPIGNO, «Un dibattito ancora attuale...», *op. cit.*, pp.1928 y ss y J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, pp.43 y ss.

del odio, por lo que en principio los motivos serios e imperiosos que justifican la sanción de uno pueden justificar la sanción del otro. No obstante, hay que ser cuidadoso incluso con esta afirmación, ya que la Corte ha sido muy delicada en el enjuiciamiento concreto de cada uno de los elementos a considerar. De esta suerte, habrá que analizar en concreto el peligro y daño que pueden representar las expresiones negacionistas en el seno de la sociedad canadiense; y es que, mientras que los discursos de propaganda racista sí que se ha visto que pudieran resultar dañinos para la convivencia en la misma, tal conclusión no es absolutamente necesaria para el caso en concreto del discurso negacionista (y en particular del negacionismo del Holocausto). A la hora de construir el tipo penal habría que poner de manifiesto de manera concreta que tal tipo de expresiones, ya sean del negacionismo del Holocausto como de otros genocidios, son un tipo de discurso racista cuyo daño social pueda ser estimado como el del discurso del odio.

Por su parte, las consideraciones sobre la veracidad o inveracidad de los hechos afirmados pueden tener una cierta relevancia en la ponderación de la protección que merecen este tipo de expresiones, pero tampoco es un elemento determinante y, a juicio de la Corte, resulta muy problemático como criterio de valoración. Aunque pueda ser relativamente fácil dar un juicio de la veracidad para el caso de la negación del Holocausto, sin embargo no desaparecen las otras dificultades que en el uso de este criterio se presentan: así, la diferenciación de que se trate de una afirmación de hechos o meras opiniones o de los distintos significados que puedan presentarse.

En particular sobre los significados que puede adoptar las expresiones cuya sanción se pretende, también presenta dificultades. En el caso del delito de la propaganda del odio, la Corte valoraba que en el tipo penal se hubiera incorporado una exigencia de intencionalidad, la cual debía ser probada en concreto para que se pudiera dar una sanción y sin que pudiera darse una inversión de la carga de la prueba en este punto. En el caso Zundel, sin embargo, la Corte plantea además la necesidad de atender no sólo a la intencionalidad subjetiva sino a otros posibles significados que el mensaje pudiera tener para los receptores.

Otro punto de contraste entre ambas sentencias es el valor que se le atribuye a las expresiones odiosas. Mientras que en el primero de los casos la Corte asume con carácter general que estas expresiones difícilmente contribuían a los valores que fundamentan la libertad de expresión; por el contrario, en el segundo caso sí que se va a enfatizar el valor que tiene la mera tolerancia de expresiones odiosas o falsas y la protección de este tipo de discursos minoritarios por muy repugnantes que resulten a la mayoría. Una diferencia de posición que dificulta el valorar qué criterio podría seguir la Corte frente a las expresiones negacionistas.

Así las cosas, como se ha dicho, y sin poder llegar a mayores conclusiones, parece que en el caso del ordenamiento canadiense, a diferencia de los Estados Unidos, no se puede descartar de manera absoluta la posible incriminación de las conductas negacionistas pero, llegado el caso, sí que sería necesario un escrutinio muy concreto de los elementos del tipo para poder justificar el mismo. Y, sobre todo, se deberán evitar presunciones de ofensividad sobre la base del mero contenido de las expresiones negacionistas.

SECCIÓN II.-PARTICULAR ESTUDIO DE LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO Y ESPAÑOL

CAPÍTULO 5

La respuesta del ordenamiento italiano al negacionismo

1. Marco constitucional de los límites penales a la libertad de expresión

1.1. Reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y sus límites internos

La Constitución italiana al reconocer la libertad de manifestación del pensamiento en su artículo 21 ofrece una formulación «ampia ma equilibrata»⁶⁸⁰, que ampara el derecho de cualquier persona a manifestar su «proprio pensiero» por cualquier medio, con el único límite expreso del «buon costume» aunque, como se verá, se puedan admitir otros implícitamente, pero sin que la Constitución haya fijado una concreta «funcionalización» a esta libertad. Es por ello que la mejor doctrina, desde antiguo y con distintos matices de apreciación, ha venido sosteniendo que la Constitución italiana ha optado por una concepción de la libertad «individual» (o «personalista»)⁶⁸¹ y de tipo «abierto» ante la ausencia de

⁶⁸⁰ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, 2ª ed., CEDAM, Padua, 1992, p. 389.

⁶⁸¹ Recojo aquí la contraposición entre una concepción «funzionale» y una concepción «individual»/«personalista» de la libertad. En este sentido, la concepción individualista es aquella que considera la libertad en su relación con el desarrollo de la persona y se finaliza en consideración únicamente a la propia libertad. Por su parte, según una concepción funcional, la libertad vendría reconocida para dar protección a unas «particolari finalità ultraindividuali», desde finalidades sociales o públicas a democráticas, o incluso para la defensa de una determinada verdad o cualificación ideológico-política (F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», op. cit., p. 12). En rigor, ambas caracterizaciones, como señala F. MANTOVANI, son «funcionales», ya que la primera sería el reconocimiento en función del individuo y la segunda en función de tales otros fines ultraindividuales. En doctrina, la afirmación más preclara de la concepción individualista creo que continua siendo la realizada por C. ESPOSITO al reconocer a la libertad de manifestación del pensamiento entre los «diritti individualistici» que son «attribuiti all'“uomo” come tale a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei duoi bisogni e desideri individuali...»; y añadía que viene garantizada «al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perchè l'uomo

vínculos ideológicos⁶⁸²; ello sin perjuicio de reconocer su importancia para el orden democrático⁶⁸³, del que constituye su «piedra angular» como ha afirmado la

possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insime operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità social delle unioni di pensiero» (*La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 1958, pp. 8-9). Sin embargo, A. PACE hace una advertencia que es importante considerar a los efectos de nuestro estudio, ya que permite contraponer la concepción personalista a la puramente liberal (o individual): «Il “valore della persona umana” non è di per sé decisivo per la caratterizzazione “liberale” della proclamazione dell'art. 21, essendo noto come il “principio personalista” sia stato invocato da taluni Costituendi (e venga tuttora invocato da taluni studiosi) per sostenere –in contrasto con la tesi “liberale”- il condizionamento della libertà di manifestazione del pensiero, da parte del legislatore, nel perseguimento di finalità d'interesse generale.» (*Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, p. 386-387, en nota 2). Esto le lleva a sostener que las razones ideales del reconocimiento de la libertad de expresión desde un prisma liberal/individualista no son tanto el «valore della persona umana» indicado por C. ESPOSITO, sino «la libera circolazione delle più diverse idee» (*Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, p. 386; y también en ÍD. y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21. Commentario della Costituzione*, Zanichelli editore, Bologna, 2006, p. 50). M. MANETTI, por su parte, pone en evidencia que «la Costituzione mette in campo tutte le sue risorse per assicurare alla perfezione il paradigma liberale, en el contempo si fa garante di principi nuovi, che sono suscettibili di imporre articolazioni/evoluzioni al suddetto paradigma» («La libertà di manifestazione del pensiero», en P. RIDOLA y R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 549-602, p. 561). ANGIOLINI llama a una superación de la tradicional contraposición entre concepciones individualistas y funcionalistas para comenzar a preocuparse, como pretende este trabajo, acerca de cómo concebir los límites a la libertad de expresión cuando ésta entra en contradicción con la libertad de otros («Manifestazione del pensiero e “libertà altrui”»). *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 1995, pp. 4585-4616).

Un repaso general de las posiciones de los principales autores que en Italia han estudiado los límites a la libertad de expresión, se encuentra en el cap. II de C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Turín, 2008.

⁶⁸² En este sentido, indica F. MANTOVANI que el carácter compromisorio de la Constitución italiana que recoge importantes cualificaciones ideológicas, «non consente di considerare il nostro ordinamento come un tipo aperto nel senso pure del termine, non basta certo a ricondurlo al tipo di ordinamento semi-aperto, quanto meno sotto il profilo della libertà di manifestazione del pensiero...» («Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 364). En el mismo sentido, P. NUVOLONE destaca que el ordenamiento italiano no es neutral, sino que tiene una cualificación ideológica, pero que la misma no es vinculante (con la excepción de la forma republicana), sino únicamente orientativa, y por ello considera que el ordenamiento italiano es de tipo abierto y no cabe imponer ningún límite lógico a la libertad de manifestación del pensamiento («Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 356 y ss.).

El punto donde el carácter abierto de la Constitución italiana pudiera verse comprometido es en el art. XII delle Disposizione Transitorie e Finali, según la cual «è vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista»; si bien, la mejor doctrina señala que de tal disposición no se puede extraer la consecuencia de una finalización de la libertad de expresión –ya que se refiere no a la prohibición de ideas fascistas sino a la reorganización del partido-, e, incluso, aunque como tal pueda justificar ciertos límites a esta libertad, será siempre a título excepcional como pone de manifiesto el hecho de que se encuentre en una disposición fuera del texto constitucional (así, F. MANTOVANI, «Libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa», en ÍD., *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, Padua, 2008, p. 9). En cualquier caso, como afirma A. PACE, esta disposición no es comparable a otras cláusulas como la que recoge el art. 18.2 l.f. RFG, que afirma

propia *Corte Costituzionale*⁶⁸⁴. No consiste por tanto en negar la relevancia «ultra-individual» de la libertad de expresión⁶⁸⁵, sino que la concepción personalista se ha de considerar como un *prius* con respecto a la caracterización funcional⁶⁸⁶, pudiendo así ser concebida como una libertad «“anche” funzionale»⁶⁸⁷.

El corolario natural de tal configuración sería una amplia delimitación *prima facie* u ontológica del ámbito de protección de la libertad, ello con independencia del «peso» que a la misma se le dé en su ponderación con otros valores constitucionales con los que pueda entrar en conflicto⁶⁸⁸. En principio, y a salvo de limitaciones ulteriores, cualquier expresión de un pensamiento, sentimiento, idea, opinión o información, debería incluirse en el ámbito de esta libertad; algo que, sin embargo, no ha sido pacíficamente admitido, habiendo surgido notables teorías que, aunque finalmente rechazadas por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional, han mantenido la existencia de

que quien abuse de la libertad de expresión usándola contra los principios del libre ordenamiento democrático pierde tal libertad, o como otras análogas propias de los ordenamientos soviéticos (A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, op. cit., p. 39 y A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, op. cit., p. 389). Tampoco se encuentra en la Constitución italiana una cláusula general de prohibición del abuso de derecho como la que contiene el CEDH en su art. 17. Sobre la Disposición XII y las sanciones que se derivan contra el fascismo se profundizará en el próximo apartado (epígrafe 2.2.1).

⁶⁸³ Así, entre otros, vid. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...*, op. cit. in toto; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Giuffrè, Bologna, 1984, pp. 9 y ss.; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, op. cit., p. 37 y ss.; y A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, op. cit., p. 386 y ss.; o G. ZUCALÀ, «Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero», *Legge Penale e Libertà del pensiero*. III^o Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, p. 80).

⁶⁸⁴ Vid., entre otras muchas, Sentt. Cort. Cost. nn. 9 y 25/1965, 11 y 98/1958, 84/1969, 168/1971, 105/1972, 94/1977, 1/1982, 126/1985.

⁶⁸⁵ F. MANTOVANI, «*Libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa*», op. cit., p. 16.

⁶⁸⁶ En este sentido, como dijera ESPOSITO, «non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicchè possa determinare la funzione ed i limiti, ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè del valore della persona umana) porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico» (*La libertà di manifestazione...*, op. cit., p. 12). F. MANTOVANI, sin embargo, sostiene que «[l]ibertà di manifestazione del pensiero e democrazia nascono, vivono e muoiono insieme: come aspetti di una inscindibile realtà; nessuna è in funzione dell'altra oppure entrambe sono in funzione reciproca» («Diritto alla riservatezza...», op. cit., p. 86).

⁶⁸⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, op. cit., p. 10. Este autor sostiene que, en este encuentro entre concepción individualista y funcional, «[l]a corretta posizione è quella di chi intende l'aggettivo “funzionale” in termini metodologici, che “prescindono da ogni preclusione di contenuti”, e che anzi pongono la diffusione di ogni ideologia “quale momento irrinunciabile del método democrático”: dal che deriva la natura “privilegiata” - rispetto alle altre libertà - della libertà di pensiero, quale che sia il contenuto a volta a volta si esprime, in quanto essenziale per la definizione e l'attuazione della forma democrática di governo.» (*ibidem*, p. 12).

⁶⁸⁸ Así, SPENA distingue entre la «ampiezza» de la garantía y el «peso» del principio de la libertad de expresión («*Libertà di espressione e reati di opinione*», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2-3, 2007, p. 702).

límites internos a la propia libertad, derivados de su fundamentación ontológica (límites lógicos) o de una lectura restrictiva del tenor del artículo 21 de la Constitución (límites exegéticos literales)⁶⁸⁹; ya fuera pretender limitar el ámbito de protección de la libertad a ciertas materias privilegiadas⁶⁹⁰; o sostener la exclusión de la noción de pensamiento cuando las expresiones tuvieran un contenido activizante⁶⁹¹; o a partir de la lectura de aquello que puede considerarse

⁶⁸⁹ En este sentido, se podrían diferenciar dos grandes tipos de límites, con distintas subcategorías: a) *Límites internos*, que son aquellos determinables teleológicamente de la consideración de los intereses y valores que subyacen al reconocimiento de la libertad (*límites lógicos*), pero también de la formulación literal del derecho fuera de las exigencias derivadas para la tutela de otros intereses ajenos a la naturaleza y génesis de la libertad (*límites exegéticos literales*); y que por tanto resultan más propios de una concepción funcional que de la individualista (cfr. F. MANTOVANI, «I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte costituzionale sul divieto di pubblicazione di determinati atti processuali», en ÍD., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, p. 44). Los límites internos también se podrían distinguir según afecten a la forma del lenguaje (como la corrección) o al contenido del mensaje (como la veracidad o el interés público o social de la materia). b) *Límites externos*, que serían aquellos límites deducibles de la exigencia de salvaguardar otros intereses de rango constitucional -individuales, colectivos o públicos- con los que pueda entrar en colisión la libertad de expresión; pudiendo ser “*expresos*”, si vienen afirmados en el propio texto constitucional como un límite a la libertad, o *implícitos, tácitos o ulteriores*, cuando sin estar expresamente reconocidos se pueda producir un conflicto con los mismos que, para evitar su lesión, justifique la limitación de la libertad. (F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», op. cit., pp. 23 y ss.; ÍD., «Diritto alla riservatezza...», op. cit., pp. 33 y ss; ÍD., «I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi...», op. cit., pp. 44 y ss). También *vid. infra*, Cap. 6, epígrafe 1.1.

⁶⁹⁰ Según la teoría de las *materias privilegiadas* la libertad de expresión constitucionalmente garantizada se ceñiría a unas concretas materias privilegiadas (política, ciencia, arte, cultura), las cuales sólo podrían ser limitadas sobre la base de unos bienes jurídicos de orden constitucional muy determinados (buenas costumbres, honor, etc.), mientras que en las materias «no privilegiadas» no es que estuvieran prohibidas sino que el legislador estaría legitimado para intervenir limitando las mismas con un mayor grado de discrecionalidad. Así, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milán, 1957 y G. DELITALA, «I limiti giuridici alla libertà di stampa», *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 1976, pp. 951 y ss.); y puede verse también, G. BETTIOL, «Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1965, pp. 641-652, y ÍD., «Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero», *Legge Penale e Libertà del pensiero*, III^o Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, pp. 3-16. Sirva, como una entre tantas, la contestación de P. BARILE: «una cosa è il “rafforzamento” che certi tipi di espressione del pensiero [...], ricevono per effetto di altre norme costituzionali (art. 33), altra cosa è l’“indebolimento” della libertà “generica”, che si pretende inferire in palese contrasto con l’art. 21 cost.» (*Diritti dell’uomo...*, op. cit., p. 82). En contra, cfr. G. ZUCALÀ, «Personalità dello Stato...», op. cit., p. 83.

⁶⁹¹ El límite de las *expresiones «activizantes»* ha sido sostenido por una cierta jurisprudencia que excluía de protección constitucional a aquellas que no eran «manifestazione di pensiero pura e semplice», sino que podían suponer o suscitar un estímulo a la acción. Entre otras, *vid. Sent. Cort. Cost. 87/1966*, «la propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a

sollecitare un sentimento in altre persone» (CD. 3)-; Sent. Cort. Cost. 100/1966, «la norma impugnata non punisce la critica, consentita a tutti, bensì l'eccitamento al dispregio delle istituzioni [...]». Questo eccitamento si concreta in un impulso diretto a determinare una particolare condotta, od a creare uno stato d'animo in altre persone»; Sent. Cort. Cost. 84/1969, en cuyo comentario CERRI destaca que «[i]l fulcro, l'accento logico dell'intera decisione è, appunto, in questa distinzione fra mera propaganda, da un lato, ed incitamento, stimolo all'azione, dall'altro. Solo la prima sarebbe garantita dall'art. 21 Cost. in quanto solo essa potrebbe essere considerata manifestazione del pensiero» (*Giur. Cost.* [con osservazioni di CERRI], 1969, p. 1178), una postura que critica por considerar que «non corrisponde allo spirito e dalla lettera della Costituzione, oltre che alle esigenze di una reale e profonda vita democratica» (*ibidem*, p. 1179). También *vid.* la Sent. Cort. Cost. 65/1970, en la que la Corte afirmaba que «l'apologia punibile [...] non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; o la Sent. Cort. Cost. 16/1973, considera que «L'istigazione, infatti, non è pura manifestazione di pensiero, ma è azione e diretto incitamento all'azione, sicchè essa non risulta tutelata dall'art. 21 Cost.». A lo que responde G. LOMBARDI, «Lo Stato può difendersi, ma... non deve esagerare», *Giur. Cost.*, 1973, p. 94, en el comentario a la sentencia, que no resulta exacto «procederé a interpretazioni riduttive della nozione di «pensiero» di cui all'art. 21 Cost. secondo un nominalismo culturalmente sterile, e del quale già altra volta si è messa in luce la pericolosità latente», y advierte la incongruencia en la forma de argumentar de la Corte que por un lado dice que la libertad de pensamiento no puede venir invocada cuando ofende otros bienes dignos de tutela pero, por otro lado, la excluye ontológicamente de ser admitida como manifestación del pensamiento: «A questo punto, però, delle due l'una. O l'espressione de pensiero offende beni e diritti che mirano tutelare allora è doveroso accerare se il pericolo per l'interesse tutelato si realizza, oppure non si tratta, addirittura, di manifestazione del pensiero e allora non può in alcun modo invocarsi l'art. 21 Cost.» (*ibidem*, p. 93).

En doctrina, ha planteado la exclusión de las actividades que consisten en un «incitamento all'azione» o que tienden a «suscitare un puro stato emozionale» (de nuevo, *vid.* S. FOIS, *Principi costituzionali...*, *op. cit.*, pp. 111 y ss. y G. ZUCALÀ, «Personalità dello Stato...», *op. cit.*, p. 82-83). La mayoría de la doctrina italiana se ha situado, sin embargo, contra esta concepción y considerada que ontológicamente deben ser admitidas como «manifestazione del pensiero» en el ámbito de protección del art. 21 Cost. It., «la propaganda, l'apologia, la pubblica esaltazione e persino la manifestazione istigante alla realizzazione del pensiero espresso» (C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.* p. 49). De manera muy contundente C. FIORE afirma a este respecto que «L'amputazione, o la sterilizzazione, del concetto costituzionale di «manifestazione del pensiero» costituisce un'idea manifestamente assurda...»; añadiendo: «debe essere chiaro che la legge, anche la legge penale, non può toglierci ciò che la Costituzione ci ha dato» («Libertà d'espressione política e reati d'opinione», *Politica del Diritto*, n. 1, 1979, pp. 486-506, p. 503; en sentido similar *vid.* ÍD., «Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione», Sentencia de la Corte di Assise di Imperia, 9/06/1973, *Giurisprudenza di merito*, part. II, 1974, p. 7). De manera análoga, entre otros muchos, *cfr.* P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; D. PULITANÒ, «Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico», en G. VASSALLI (dir.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, pp. 239-254; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2011, p. 298; y G. DE VERO, «Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico», Sentencia de la Corte Costituzionale de 5 de abril de 1974, n. 108, *Archivio Penale*, vol. XXXII, part. II, pp. 4 y ss. De interés es también la crítica de G. DELITALA, «I limiti giuridici alla...», *op. cit.*, p. 955, quien renuncia a buscar el límite en el carácter activizante y se plantea verlo a partir de la prohibición de «rottura violenta delle fondamentali condizioni di vita della stessa istituzione». F. MANTOVANI, por su parte, sostiene que tales manifestaciones «activizantes» no deben quedar excluidas por su propia naturaleza, sino por su

«proprio pensiero»⁶⁹²; e incluso afirmar la existencia de unos «límites di civiltà»⁶⁹³ de carácter lógico desde una perspectiva personalista.

1.2. Breve introducción sobre los límites externos a la libertad: el límite expreso del «buon costume» y otros límites implícitos

Superada la delimitación interna de la libertad, el problema se sitúa entonces en identificar cuáles son aquellos bienes o intereses que pueden justificar un límite a la libertad desde una óptica abierta y personalista y cuál debía ser su

contenido positivo o negativo, y advierte que en un ordenamiento de carácter abierto sólo podrán ser sancionadas aquellas expresiones que constituyan un peligro para el mismo y quedarán proscritas por mor del principio de no contradicción («Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 30). En concreto, afirma este autor: «Sia per l'ordinamento aperto sia per quello totalitario non le manifestazioni attivizzanti in quanto tali, ma soltanto quelle che rivestono un contenuto negativo, rispettivamente, dell'uno o dell'altro si pongono logicamente al di fuori della libertà di manifestazione del pensiero. Relativamente al primo: quelle che costituiscono un pericolo per il carattere aperto dell'ordinamento o per il valore della libertà; non certo quelle costituenti una espressione dell'ordinamento stesso» («Diritto alla riservatezza...», *op. cit.*, p. 42/79). En sentido similar se situaba NUVOLONE para quien incluso en la «città aperta» se debía excluir de protección las «forme attivizzanti» que puedan poner en peligro el carácter abierto del propio sistema («Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 353).

⁶⁹² A partir de la definición de «proprio pensiero» de la Constitución se ha tratado de deducir diferentes límites implícitos: así, la exclusión del sentido ontológico de la libertad a la «*mentira*» o «*falsedad*» (subjettiva u objetiva) o incluso del pensiero «non originale». Por ejemplo, excluyendo aquello que no constituye un pensamiento propio, y en particular el «subjettivamente falso» (pero no el objetivamente erróneo) del ámbito delimitado por la garantía constitucional, *vid.* C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, pp. 36 y ss., A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, pp. 88 y ss.; o M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 574. Lo que no implica que por ello quede directamente prohibido, sino que para definirse como injusto jurídicamente además de falso deberá dañar otros bienes o intereses. Para F. MANTOVANI, por su parte, es la «verdad histórica» de los hechos narrados la que constituye el límite lógico, pero no la «verdad ideológica» («Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, pp. 24-25 y «Diritto alla riservatezza...», *op. cit.*, pp. 82 y ss., o ÍD., *Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 223).

En contra, P. BARILE, *Diritti dell'uomo...», op. cit.*, pp. 17 y 35 y ss., quien se opone a configurar como límite lógico la verdad (o cualquier otro elemento referido al contenido de las manifestaciones). A este respecto mantiene el autor que no es que la constitución venga a proteger un derecho a la mentira, sino que la misma sólo podrá ser sancionada en tanto que lesione otros de los límites constitucionalmente impuestos a la propia libertad de expresión.

⁶⁹³ F. MANTOVANI plantea así la existencia de unos «limiti di civiltà della "libertà aperta"» («"Libertà mediatica" o "licenza mediatica"?», *Studi in onore di Franco Coppi* (la versión consultada se trata de un manuscrito facilitado por el propio autor). Resulta interesante destacar la posición de F. MANTOVANI ya que, partiendo de una concepción personalista de la libertad y reconociendo el carácter abierto del ordenamiento italiano, sin embargo sostiene que, junto a la verdad, sean considerados como límites internos de la libertad de expresión la «continenza» del lenguaje y el «interesse sociale o pubblico» («Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, pp. 376 y ss, y «Diritto alla riservatezza...», *op. cit.*, p. 77 y ss).

naturaleza (constitucional o de base meramente legal). Así las cosas, la Constitución italiana, como se ha dicho, identifica como único límite expreso el «**buon costume**»⁶⁹⁴, aunque, como reiterada jurisprudencia viene sosteniendo⁶⁹⁵, ello no es óbice para que se puedan fijar otros. Ahora bien, el legislador ordinario no es autónomo en la identificación y determinación de los límites, sino que éstos deben derivarse implícitamente de la Constitución y han de encontrar su enganche en la misma⁶⁹⁶. De esta suerte, una vez que se resuelve la delimitación interna (*prima facie*) de la libertad, el problema constitucional reside por tanto en determinar la «*positiva* individuazione dei limiti giuridici, costituzionalmente previsti o *costituzionalmente* deducibili, in presenza dei quali possano ritenersi costituzionalmente non tutelate talune manifestazione di pensiero in ragione del loro contenuto, a prescindere perciò dalle modalità con le quali esso viene espresso»⁶⁹⁷. Se trata, como sostendré posteriormente con mayor profundidad, de una *delimitación ulterior* (con respecto a aquella que he llamado *delimitación prima facie*), la cual se deberá realizar también sobre bases estrictamente constitucionales y que, al mismo tiempo, resulta *previa* a otras consideraciones constitucionales que puedan realizarse sobre la forma jurídico-normativa concreta en que se traduzcan tales límites⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ Este límite debe entenderse referido no a valores genéricos como la moral común, sino de manera restrictiva a la esfera del pudor sexual/obsceno. Sobre esta cuestión, *cfr.* A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, pp. 84 y ss.; o P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 292.

⁶⁹⁵ Así, *vid.* Sent. Cort. Cost. 87/1966: «la tutela del buon costume, espressamente richiamata dall'art. 21 Cost., non costituisce il solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo invece altri limiti dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione» (CD. 3). También *vid.*, entre otras muchas, Sent. Cort. Cost. 65/1970, «la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, comma 1 Cost., trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale»; Sent. Cort. Cost. 86/1974, se refiere a los límites implícitos a la libertad de manifestación del pensamiento e igualmente dignos de protección Constitucional; o la Sent. Cort. Cost. 20/1974.

⁶⁹⁶ En términos de la Corte Costituzionale: «la libertà di manifestazione del pensiero non può trovare limitazioni se non nelle disposizioni legislative dirette alla tutela di altri beni e interessi fatti oggetto di protezione costituzionale» (Sent. Cort. Cost. 120/1968). En doctrina, valga lo dicho por C. ESPOSITO: «Nulli invece sono i poteri della legge nella determinazione o statuizione primaria dei limiti sostantivi della libertà di manifestazione del pensiero»; y sigue, «I limiti oggettivi della libertà proclamata, poi, sono solo quelli stabiliti esplicitamente o implicitamente dalla Costituzione» (*La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 31 y 36, respectivamente).

⁶⁹⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, p. 391.

⁶⁹⁸ En particular se podrá dar un enjuiciamiento constitucional sobre la «opción» del legislador al definir la respuesta que el ordenamiento dé a un abuso en el ejercicio de la libertad de expresión, por ejemplo, a través de la sanción penal o del ilícito civil.

Pues bien, entre los **límites implícitos** generalmente admitidos a la libertad de expresión⁶⁹⁹ se pueden distinguir:

A) Aquellos que, aunque con carácter **inmaterial, tienen un fundamento personalista**, en particular «onore e reputazione» y también «intimità e riservatezza», los cuales pudieran agregarse en el más genérico «**limite del rispetto della persona umana**»⁷⁰⁰. El fundamento de estos límites «si radica nel principio personalistico che premea di sé la Costituzione ed é corollario di quel paradigma della pari dignità sociale»⁷⁰¹, reconocido en el art. 3.1 de la Cost. it. y también en el art. 2 que se refiere a los «diritti inviolabili dell'uomo»⁷⁰². Como expresara C. ESPOSITO, la declaración de «pari dignità sociale» «pretende infatti, precisamente, che la società e ciascun membro di essa non si elevi mai, in buona o in mala fede, a giudice delle altrui indegnità e che non esprima con gli atti o con le parole, direttamente o attraverso il riferimento di determinati fatti ritenuti spregevoli, valutazioni negative sulle persone»; lo que comporta a su juicio que «pichè la dignità tutelata è dichiarata «pari» in tutti gli uomini, divietate sono solo le manifestazioni contrarie a ciò che storicamente e mutevolmente è considerato essenziale alla dignità dell'uomo (di ogni uomo), ma non il mancato riconoscimento o la negazione delle qualità superrogatorie o dei “meriti” particolari del singolo»⁷⁰³.

En relación con estos bienes cuyo reconocimiento originario parte de una concepción «personalista», se debe adelantar ahora el peligro anti-liberal que puede venir de la mano del intento de salvaguardar un concreto «ideal» de persona. Como se verá en los próximos apartados, en particular en relación a la sanción de expresiones racistas y xenófobas, los nuevos delitos de opinión –entre los que se sitúa el delito de negacionismo- encuentran su fundamento en una exorbitante concepción de la dignidad humana que viene a ser entendida como «un valore superconstituzionale nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell'uomo e come “con-fine” degli ordinamenti

⁶⁹⁹ Para una exposición con más profundidad, *cf.* de manera amplia A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.; de forma más sintética, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, pp. 401 y ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, pp. 293 y ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

⁷⁰⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁰¹ *Ibidem.*

⁷⁰² Por ejemplo, la *Corte Costituzionale*, en su sentencia 86/1974, refiriéndose al honor lo situaba entre aquellos límites igualmente dignos de protección constitucional frente a la libertad de manifestación del pensamiento «in quanto essenzialmente connessi con la persona umana».

⁷⁰³ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 44 y ss. A lo que añade este autor que ello se puede individuar en juicios sobre una persona concreta pero también sobre colectivos o categorías de personas

stessi»⁷⁰⁴; pasando por tanto de su concepción personalista a adquirir una nueva dimensión como «dignità inter-soggetiva (e quindi sociale) di tutti gli individui che partecipano alla costruzione della “casa comune”», de manera que ya no sólo sea un patrimonio de cada persona sino que se incorpora como patrimonio de la «collettività dei cittadini»⁷⁰⁵. Dignidad humana e igualdad forman así un nuevo tándem como límite ideal a la libertad de manifestación del pensamiento con el peligro de abrir la veda para que el legislador pueda fijar límites de contenido a la pura manifestación de un pensamiento frente a aquellos que difunden opiniones que contrastan con la idea común de «dignidad humana»⁷⁰⁶.

B) En segundo lugar, podríamos encontrar también otros límites derivados de la **necesidad de proteger el buen funcionamiento de las instituciones y del Estado**, entre los que podrían incluir «Segreti di Stato e ufficio» o el «interesse al regolare funzionamento della giustizia» (sin ánimo exhaustivo).

C) Muchas más objeciones ha generado la admisión de otros **límites de naturaleza «supra-individual»** y con un fuerte **contenido ideológico** que todavía hoy día sirven como base para la justificación de ciertos delitos de opinión; valores que, sin embargo, en democracia debieran resultar potencialmente discutibles⁷⁰⁷. Muy especialmente, el **«ordine pubblico»**, al que se dedicará a continuación un estudio más detallado; pero también, dentro de los límites supra-individuales cuya admisibilidad presenta graves dudas de constitucionalidad, encontramos: a) el **«prestigio» de las instituciones políticas, la República y sus**

⁷⁰⁴ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, op. cit., p. 240). Y añade que «[t]ale valore dovrebbe sempre più essere assunto come “meta-principio” di interpretazione assiologica del giudice nelle operazioni di bilanciamento, assicurando una ideale coesistenza, nell’ambito di una società multiculturale, di diverse libertà, in una prospettiva promozionale dell’ordinamento giuridico sempre testo alla valorizzazione della persona, ma soprattutto alla tutela della sua dignità» (*ibidem*, p. 240).

⁷⁰⁵ *Íbidem*, p. 282. Vid. también G. FERRARA, «La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)», en G. CHIARELLI Y G. ZANGARI, *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 1974, p. 1104.

⁷⁰⁶ Así lo advierte 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. 49 y ss. Sobre esta cuestión se volverá *infra* Cap. 8, epígrafe 4.

⁷⁰⁷ La expresión es de C. FIORE, quien critica a la *Corte Costituzionale* que constantemente pone tales límites a la libertad de expresión, «limiti che non troviamo menzionati nella Costituzione: l’ordine pubblico, il prestigio delle istituzioni, ecc., dimenticando che non si tratta di concetti ideologicamente neutri, come fede pubblica o pubblica incolumità. Sono, al contrario, concetti che passano attraverso una mediazione ideologica, che hanno un senso in quanto esprimono posizione ideologiche. Queste, però, per definizione nelle democrazie possono e devono essere potezialmente conflittuali, cioè trovachi in conflitto con altre posizioni» («I reati di opinione», en S. MOCCIA (dir.), *Diritti dell’uomo e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles/Roma, 2002, p. 26).

símbolos, que son fundamento también de diferentes delitos⁷⁰⁸, y que, aunque no se encuentran expresamente reconocidos como límites a la libertad de manifestación del pensamiento, la Corte Costituzionale los ha admitido⁷⁰⁹, pero tratando de dar una lectura restrictiva de los mismos⁷¹⁰. Se advierte cómo estos bienes ofrecen una visión casi antropomórfica de las Instituciones⁷¹¹ y ni siquiera

⁷⁰⁸ Este bien se encuentra tutelado con delitos como el de vilipendio a la República, sus instituciones constitucionales y las Fuerzas armadas (art. 290 Cp. it.), el vilipendio a la nación italiana (art. 291 Cp. it.) o la bandera y a otros emblemas del Estado (art. 292 Cp. it.) o de otros Estados extranjeros (art. 299 Cp. it.). El legislador ha intervenido «tímidamente» en estos delitos con la l. 24 febbraio 2006, n. 85, que reformó sus penas reduciéndolas drásticamente a penas de multa- No obstante, ni siquiera esta lectura más restrictiva convence a la doctrina, la cual se sigue entendiendo que se presta «ad essere utilizzate per reprimere il dissenso politico radicale» (A. GAMBERINI, «Delitti contro la personalità dello Stato», *Diritto penale. Lineamenti di Parte Speciale*, 5ª ed., Monduzzi Editore, Bologna, 2009, p. 63).

⁷⁰⁹ En este sentido, la Corte Costituzionale ha reconocido la posibilidad de limitar la libertad de manifestación del pensamiento sobre la base de la protección del prestigio de las instituciones, por ejemplo en la Sent. Cort. Cost. 20/1974: «fra i beni costituzionalmente rilevanti, va noverato il prestigio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle forze armate in vista dell'essenzialità dei compiti loro affidati». *Cfr.*, también, Sentt. Cort. Cost. 100/1966, 180/1974, 183/1974, 7/1975, 147/1987, 925/1988.

⁷¹⁰ Particularmente la Corte ha incidido tratando de dar una lectura restrictiva de las conductas de vilipendio a este tipo de bienes: «Non si esclude, peraltro, che in regime democratico siano consentite critiche, con forme ed espressioni anche severe, alle istituzioni vigenti e tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale»; por tanto, «il vilipendio consiste nel tenere a vile, nel ricusare qualsiasi valore ético o sociale o político all'entità contro cui la manifestazione è diretta sí da negarle ogni prestigio, rispetto, fiducia, *in modo idoneo a indurre* i destinatari della manifestazione [...] *al disprezzo* delle istituzioni o addirittura ad *ingiustificate disobbedienze*. Ciò con evidente e inaccettabile turbativa dell'ordinamento político-sociale, quale è previsto e disciplinato dalla Costituzione vigente» -cursivas mías- (Sent. Cort. Cost. 20/1974). En este sentido, puede verse también la sentencia n. 531/2000, declarando infundada la cuestión de legitimidad contra el art. 83 Cp.m. di pace (vilipendio a la bandera o a otros emblemas del Estado), donde la Corte ha confirmado la punibilidad siempre que no se extienda a expresiones de crítica, incluso ásperas, pudiéndose aplicar sólo a manifestaciones ofensivas que nieguen cualquier valor y todo respeto a la entidad objeto de protección, en modo tal de inducir a los destinatarios al desprecio de las instituciones o incluso a injustificadas desobediencias.

⁷¹¹ Así, *vid.* A. GAMBERINI, «Delitti contro la personalità dello Stato», *op. cit.*, p. 4, quien afirma refiriéndose en general a los delitos contra la «personalità dello Stato» que en ellos se pone de manifiesto una «visione antropomorfa dello Stato, inteso come entità autonoma di cui occorre preservare l'identità etica e ideologica». En sentido similar, *vid.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 341 y ss., que advierte que tales delitos de ofensa llevan a una personificación del Estado, tutelando su honorabilidad como si de una persona se tratara. T. PADOVANI señala que «[l]a "personalità dello Stato" non è quindi un bene tutelato, ma una metafora volta ad esprimere, in forma mistificata, l'effettivo elemento di raccordo del titolo, costituito dall'idea di una volontà politica superiore contraddetta da comportamenti essenzialmente concepiti come "lesa maestà", che in effetti "lesa" come volontà *superiorem non recognoscens*» («Bene giuridico e delitti politici», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1, 1982, p. 11).

las interpretaciones más restrictivas parecen convencer a importante doctrina que apuesta por no legitimarlos como límites a esta libertad⁷¹².

b) También resulta cuestionable el límite de los **sentimientos de la comunidad religiosa o de sentimientos políticos**; ya que, en un ordenamiento laico y secularizado, es difícilmente asumible imponer tal «sacralidad» ya sea de las instituciones como de otros sentimientos colectivos⁷¹³. En la tutela del «sentimiento religioso» destacan los delitos del título IV, cap. I, Libro II del Cp. it., actualmente rubricados «dei delitti contro le confessioni religiose»⁷¹⁴, el cual originariamente protegía el prestigio de la religión del Estado (la rúbrica del capítulo era «dei delitti contro la religione dello Stato»), de manera análoga a como se protegía el prestigio del resto de instituciones de la República. Esta concepción fue lógicamente superada y la Corte Costituzionale⁷¹⁵ declaró la ilegitimidad del art. 402 Cp. it. que tipificaba el vilipendio de la religión del Estado por resultar contrario a los art. 3 y 8 Cost. it.; lo que llevó a que, como se ha indicado, el legislador en 2006 interviniera redirigiendo estos delitos para dar ahora tutela a todas las confesiones religiosas entendidas como «bene di civiltà» y al sentimiento

⁷¹² Valgan de nuevo las palabras de T. PADOVANI quien señala que «bisogna avere una ben strana idea del prestigio delle istituzioni e degli organi su cui si regge la Repubblica, se si ritiene che una qualunque grossolana volgarità possa porlo in pericolo: solo un prestigio fragile e precario può temere la parola sconnessa di un esagitato» («Bene giuridico e delitti politici», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1, 1982, p. 41). En sentido análogo, *vid.* C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 16). Ante la posibilidad de interpretar los delitos de vilipendio en clave de peligro concreto, comparto con SPENA que «[r]iconfigurare, per via interpretativa, le fattispecie dei reati di pericolo concreto implicito [...] condanna queste figure ad una totale inutilità [...]: è estremamente inverosimile, ad es., che una isolata condotta di vilipendio, in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa addirittura comportare pericoli per la sicurezza dello Stato, o per la sua tenuta democratica» («Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.* p. 727). Una extensa crítica a estos delitos se encuentra en L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 279 y ss, quien, a pesar de mantener la inconstitucionalidad de los delitos de vilipendio político, abre una posible construcción constitucionalizada de los mismos a través de la valorización del desvalor de la conducta pero limitada a ciertos sujetos activos cualificados (*ibidem*, pp. 300 y ss.).

En contra, ZUCCALÀ será uno de los defensores de este límite: «Sia pure per implicito, tale limite è riconosciuto direttamente dalla Costituzione e segna un confine al di là del quale la manifestazione di pensiero –che, in presenza delle condizioni richieste per la sussistenza dell’illecito, integra una menomazione della funzione, della dignità, dell’autorità e del preminente prestigio – diventa costituzionalmente vietata-» («Personalità dello Stato...», *op. cit.*, p. 100-101).

⁷¹³ Así, *vid.* C. FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM, Padua, 1972, p. 114: «il principio di «sacralità» delle istituzioni che è alla radice dell’ineriminazione del vilipendio». O, por ejemplo, SPENA que ve en estos delitos un intento de proteger la «dimensión ideal de ciertos valores morales supra-individuales, de ciertos ideales: esa, por así decir, protege ideas, su sacralidad o intangibilidad conceptual» («Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, p. 718). En este sentido *vid.* también, entre otros muchos, A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 267 y ss., o L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 296 y ss.

⁷¹⁴ Modificado por l. 24 febbraio 2006, n. 85.

⁷¹⁵ *Vid.* Sent. Cort. Cost. 508/2000.

religioso de los ciudadanos⁷¹⁶. Una reinterpretación que tampoco en este caso ha logrado acabar con las críticas doctrinales que cuestionan la tutela de la religión aunque sea como sentimiento religioso individual, para el que es difícilmente justificable que se le dé un espacio de tutela aunque sea residual, por lo que se predica superar la tutela separada del sentimiento religioso⁷¹⁷. Por su parte, la Corte Costituzionale se ha mostrado más sensible al reconocimiento de la libertad de manifestación del pensamiento frente a la tutela de «sentimientos políticos», de forma que, en su sentencia recaída sobre el delito de «associazioni antinazionali» (art. 271 Cp. it.), la Corte costituzionale consideró que el «sentimento nazionale» es un mero dato espiritual que se desarrolla en la conciencia de cada uno y que por tanto no cabe ser admitido como un bien jurídico digno de protección penal⁷¹⁸. No puede olvidarse que tales bienes no tienen un contenido material, por lo que sólo pueden ser ofendidos en sentido «ideal» (o formal); se tutelan «sentimientos», ciertas «sensibilidades», pero eso abriría siempre la pregunta de por qué no otras.

Por otro lado, con carácter general ha sido rechazado como límite a la libertad de expresión en el modelo constitucional italiano el **«deber de fidelidad a la República»** sancionado por el art. 52 Cost.⁷¹⁹. Del mismo modo, **la verdad**, que una parte de la doctrina plantea como un límite interno a la libertad de de manifestación del pensamiento⁷²⁰, también parece descartarse su valor como

⁷¹⁶ Para un estudio de estos delitos en general, *vid.* F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 211 y ss.

⁷¹⁷ En este sentido, *cfr.* L. ALESANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 325 y ss y 332 y ss. Conviene también recordar las palabras de C. FIORE: «Se il prestigio delle «istituzioni» non può essere assunto come un limite costituzionale della libertà di espressione, altrettanto inaccettabile è l'idea che la manifestazione del pensiero possa incontrare un limite nella tutela di un complesso di idee o di «sentimenti»: come, ad esempio, il sentimento religioso» (*I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 120).

⁷¹⁸ Sent. Cort. Cost. 243/2001. Ya anteriormente, la Corte Costituzionale en su sentencia 87/1966 había declarado la inconstitucionalidad del delito de propaganda contra el «sentimiento nacional» por considerar que el mismo afectaba a un puro sentimiento, «che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità» (CD. 5).

⁷¹⁹ Con gran contundencia lo afirma C. ESPOSITO: «Contro il tentativo di dedurre dall'obbligo di fedeltà alla Repubblica la sussistenza di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero sta la considerazione che solo la arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infideli» (*La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 52). En este sentido, *vid.* G. ZUCALÀ, «Personalità dello Stato...», *op. cit.*, p. 91; M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 568. *Cfr.* también, G. M. LOMBARDI, «"Fedeltà qualificata" e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero (Problemi e prospettive)», *Osservazioni alla Sent. Cort. Cost. (22 giugno) 11 luglio 1966, n. 100, Giur. Cost., 1966, pp. 1216-1230*. Con una interesante reflexión sobre la antinomia entre fidelidad y laicidad, *vid.* E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...*, *op. cit.*, pp. 186 y ss.

⁷²⁰ *Vid. supra* nota n. 692 en este Cap.

límite externo a esta libertad, sin perjuicio de que se pueda considerar la veracidad o no de afirmaciones sobre hechos a los efectos de posibles lesiones a otros bienes, pero no como un bien autónomo que justificara por sí mismo su protección frente a la libertad de expresión ⁷²¹.

2. Los delitos de opinión y su necesaria consideración como presupuesto de la sanción penal de las conductas negacionistas. Particular referencia a la proyección del orden público como límite a la libertad en el ámbito del Derecho penal

En cuanto a la concreción en sede penal de límites a la libertad de expresión, debe tenerse en cuenta que Italia, a pesar del advenimiento de su Constitución de 1948, mantuvo un código penal de matriz fascista, el *Codice Rocco*⁷²², cuya vocación fuertemente anti-liberal⁷²³ era particularmente visible en los delitos de opinión⁷²⁴. De manera que especialmente la doctrina italiana, acompañada –aunque tímidamente– por la jurisprudencia y por un vacilante legislador, han debido empeñarse en depurar el sistema y garantizar así esa aspiración del constituyente de hacer de Italia una «ciudad abierta» frente al que había sido su reciente pasado⁷²⁵. Porque dejar que sobrevivan normas que a todas

⁷²¹ Puede ser de interés traer aquí a colación la referencia que realiza C. ESPOSITO en cuanto a la relación entre la verdad de los hechos y la dignidad de la persona: «La verità dei fatti, invero, non dovrebbe avere rilievo ai fini della condanna di manifestazioni contrarie alla dignità sociale delle persone, sempre vietate, vere o false che siano, ma della traslazione del danno (che non è sanzione) per le affermazioni errate, che, pur non ledendo la dignità delle persone, le abbiamo tuttavia sotto altro profilo danneggiate» (*La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 46).

⁷²² El Código Rocco ve la luz en 1930, «e si inserisce nell'opera di complessiva codificazione che il regime fascista porta a termine in quell'anno in materia criminale e di ordine pubblico: codice penale, codice di procedura penale, testo unico di pubblica sicurezza e regolamento penitenziario» (T. PADOVANI Y L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 36).

⁷²³ A esta «eredità illiberale» se refiere L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 181.

⁷²⁴ Algunas lecturas específicas sobre los delitos de opinión: C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, *in toto*; ÍD., «I reati di opinione», *op. cit.*, *in toto*; F. MANTOVANI, «I reati di opinione», *op. cit.*, pp. 164-172; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, *in toto*; A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, *in toto*; E. PALERMO FABRIS, «Brevi note in tema di reati di opinione», en L. PEPINO (Ed.), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, FrancoAngeli, Milán, 1993, pp. 344-353; R. IANNIELLO, «I reati di opinione. Venti anni dopo la proposta di referendum abrogativo», en L. PEPINO (Ed.), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, FrancoAngeli, Milán, 1993, pp. 354-360; A. GAMBERINI y G. INSOLERA, «Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione», en G. INSOLERA, *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 135-143; o L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*

⁷²⁵ Como claramente advirtiera C. ESPOSITO «che la proclamazione dell'art. 21 della nostra Costituzione [...] è espressione di fiducia e di speranza; e che perciò in tale spirito va ricostruita, e

luces resultan inconstitucionales es «come lasciarlo il cavallo di Troia entro le mura della cittadella democratica: di notte, quando tutti dormono –così dice Lehmann- strisciano fuori i paragrafi e strozzano la libertà, prendendola alle spalle»⁷²⁶. Pues bien, en este apartado se pretende afrontar, aunque sea de forma introductoria, ese proceso de depuración del ordenamiento penal, en primer lugar en relación con el orden público y los delitos de instigación y apología, y, en segundo, con otros delitos posteriores relacionados especialmente con el castigo del negacionismo como son la legislación anti-fascista, contra el genocidio y anti-racista.

2.1. El orden público y su «delicada» legitimidad constitucional como fundamento de delitos de opinión

El «orden público», a pesar de no ser mencionado ni una sola vez en la Constitución italiana⁷²⁷, es la base de importantes delitos de opinión (como los delitos de instigación y apología y otras figuras afines)⁷²⁸; un bien jurídico «supra-individual» que poco tiene de neutral y mucho de político⁷²⁹, y que, en

che non è lecito all'interprete timoroso (si tratti pure del legislatore ordinario) di sostituire a quella fede il proprio scetticismo, la propria sfiducia ed i propri dubbi» (*La libertà di manifestazione...*, op. cit., p. 55); por lo que, de la misma manera, era necesario limitar el sistema de antiguas reminiscencias iliberales.

⁷²⁶ C. FIORE, «I reati di opinione», op. cit., p. 18.

⁷²⁷ Así lo ponen de manifiesto, entre tantos, C. FIORE, *I reati di opinione*, op. cit., p. 110 o P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, op. cit., p. 123.

⁷²⁸ En particular los recogidos en el Título V del Libro II del Codice Penale (arts. 414-421); pero también otros que se incluyen en otras normas y leyes especiales. Para un análisis de los delitos de apología y de instigación, *cfr.*, entre otros, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2004; P. CARETTI, «Manifestazione del pensiero, reati di apología e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica», en *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Milán, 2003, pp. 111-130; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, op. cit., pp. 182 y ss.; 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; G. DE VERO, «Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi», *Digesto delle Discipline Penali*, 4ª Ed., Vol. VII., UTET, Roma, 2005, pp. 292-302; G. BOGNETTI, «Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione», observaciones a la sentencia de la Corte di Cassazione, Sez. Un., 18 de noviembre de 1958, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 183-205; G. BOGNETTI, «Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di clase e nei reati contro l'ordine pubblico», *Giurisprudenza costituzionale*, Fasc. 4, 1974, pp. 1433-1448; G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l')», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Editrice Torinese, Turín, 1982, pp. 152-171; E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...*, op. cit., sobre la apología especialmente pp. 240 y ss.; L. STORTONI, «L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?», *Il Foro Italiano*, vol. CII, 1979, pp. 899-905; o L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, op. cit., pp. 183 y ss.

⁷²⁹ Según P. BARILE se trata de «un concepto político, il che provoca tutte le incertezze» (*Diritti dell'uomo...*, op. cit., p. 122). En forma más general afirma C. FIORE: «"Ordine pubblico", o "sicurezza dello stato", non sono concetti ideologicamente neutrali, come "fede pubblica" o "pubblica

consecuencia, ha suscitado notables dudas de legitimidad tanto a nivel estrictamente constitucional, para ser admitido en su condición de potencial límite a la libertad de manifestación del pensamiento, como por las dificultades que presentan los intentos de construir límites penales en salvaguarda del mismo. Ambas perspectivas serán afrontadas a continuación, aunque sin pretender un estudio exhaustivo del argumento.

2.1.1. Notas previas sobre los delitos de instigación y apología en el Código penal italiano

El Título V del Libro II del Codice Penale recoge toda una serie de delitos de opinión (arts. 414 y 415 Cp.) en tutela del «orden público», los cuales se caracterizan como figuras autónomas⁷³⁰ que pueden ser reconducidas a formas

incolumnità”; 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» (*I reati di opinione*, op. cit., p. 167; de manera muy similar en «Libertà d’espressione política e reati d’opinione», op. cit., p. 503). A juicio de G. DELITALA, «I limiti giuridici alla...», op. cit., p. 964, se trata de un límite que «non serve proprio a nulla» y que «per la sua palese genericità è facile che quel concetto apra l’adio all’arbitrio». INSOLERA habla de la «storica debolezza concettuale della nozione di ordine pubblico» y advierte que se trata de una «nozione **inafferrabile**, strutturalmente predisposta a mistificare una finalità esclusivamente preventiva dei delitti oggetto del programma criminoso» («I delitti contro l’ordine pubblico», op. cit., p. 252). Asimismo, este autor señala la tendencia actual que pone junto al concepto de orden público el de seguridad, «con una metamorfosi dello Stato di diritto in Stato di prevenzione» (*ibidem*, p. 255) en el que «[l]a sicurezza viene proposta come nuovo diritto fondamentale alla base della stessa» (*ibidem*, p. 256).

⁷³⁰ Así las cosas, y aunque a continuación se irán desgranando estos delitos, sustribo desde ahora la posición de quienes entienden que tales figuras constituyen tipos penales autónomos. Particularmente los delitos del artículo 414 Cp. it., según su formulación típica y tal y como han sido admitidos por la jurisprudencia constitucional, no creo que puedan leerse como una forma de participación en el delito objeto de instigación o ensalzamiento, según los artículos 110 Cp. it. o 56 Cp. it., el último de los cuales dispone que responderá por la tentativa de un delito no realizado quien «*compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto*», a diferencia del 414 Cp. it. cuya conducta queda incriminada «*per il solo fatto*». Esta conclusión es obvia en el caso los delitos del 415 Cp. it., en la medida que el objeto instigado no es siquiera delito (no cumplir leyes - no penales- de orden público o el odio de clase). Podrían darse situaciones de concurso de delitos en caso de que el delito instigado se termine realizando. Y, por otro lado, *en cierto modo tampoco* creo que pueda considerarse que supongan una *derogación o excepción a la regla general del art. 115 Cp. it.*, el cual, dentro de la disciplina de los actos preparatorios de delitos (por tanto, antes de que se haya comenzado en sentido estricto el *iter criminis*), establece la no punibilidad de la instigación «*se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso*», aunque puedan establecerse medidas de seguridad y a salvo que la ley pueda disponer otra cosa -generalmente en aras de proteger intereses de particular relevancia o ante la posibilidad de daños socialmente graves-. Digo en cierto modo porque «[a] ben guardare, quindi, si può dire, che, se è vero che l’art. 115 c.p. rappresenta il punto di partenza per una impostazione dei reati autonomi in discorso, è altrettanto vero che soltanto una parte di questi [los distintos delitos de instigación] fa eccezione al

lato sensu instigatorias⁷³¹. En concreto, son el delito *de instigación al delito y a cometer faltas* (art. 414, §1 y §2), la *apología del delito* (art. 414, §3), para los que además en la reforma de 2005⁷³² se impone una pena agravada si la instigación o la apología van dirigidas a delitos de terrorismo o crímenes contra la humanidad (art. 414, §4)⁷³³, y los *delitos de instigación a desobedecer las leyes de orden público* y la *instigación al odio entre clases sociales* (art. 415)⁷³⁴. Conviene, por tanto, hacer aunque sea una sumaria presentación de estos delitos.

principio generale enunciato nella disposizione citata» (B. OLIVERO, «Apologia e istigazione (reati di)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. II., Giuffrè, Milán, 1958, p. 619). Más contundente se muestra DE VERO quien destaca, refiriéndose en concreto a los delitos del 414 y 415 Cp. it., la «sensibile diversità strutturale esistente tra le due norme in questione, che esclude la possibilità di istaurare tra di esse un rapporto si apure di eccezione a regola» («Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 293). De esta manera, comparto que con los delitos del art. 414 Cp. it. no sería exacto entender que en los mismos hay una «mera extensión de la tutela» dada al delito objeto de instigación, ya que ello tendría como presupuesto que existiera una unicidad entre el interés protegido por una y otra norma penal; sino que, como se ha dicho, en un análisis de *lege lata* debe admitirse que estas figuras tienen de un objeto jurídico autónomo (el orden público). Sin embargo, como signo a contrario de lo aquí sostenido, se debe apreciar la reforma de 2005 (legge n. 155, di 21 luglio) que ha introducido una agravación al tipo del art. 414 Cp. it. cuando los delitos objeto de instigación sean de terrorismo o contra la humanidad, en la medida que esto pone de manifiesto un vínculo entre la penalidad del art. 414 Cp. it. y bien jurídico del delito al que se instiga. Precisamente en este punto se pretende ahora una modificación en relación con las conductas de negacionismo (*vid. infra* epígrafe 3.2. en este Cap.). Para una visión general de estos aspectos, *vid.* F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.; B. OLIVERO, «Apologia e istigazione (reati di)», *op. cit.*, p. 619; L. VIOLANTE, «Istigazione (nozioni generali)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 989 y ss.; G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 258; R. DOLCE, «Istigazione a delinquere», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 999.

⁷³¹ G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 258. Así, G. LA CUTE ha afirmado que: «Il comune denominatore per la rilevanza penale delle variegata modalità nelle quali può manifestarsi la condotta di istigazione è l'idoneità a far sorgere in altri un proposito giudicato sfavorevolmente dall'ordinamento giuridico oppure a rafforzare il preesistente proposito criminoso [...], stimolando l'azione e la volontà» («Apologia e istigazione», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2007, p. 1). En sentido similar, *vid.* B. OLIVERO, «Apologia e istigazione (reati di)», *op. cit.*, p. 620).

⁷³² Legge n. 155, di 21 luglio.

⁷³³ «**Articolo 414: Istigazione a delinquere**

Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione:

1) con la reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti;

2) con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a euro 206, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni.

Se si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni, si applica la pena stabilita nel n. 1. Alla pena stabilita del n. 1 soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti.

Fuori dei casi di cui all'articolo 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità la pena è aumentata della metà.»

⁷³⁴ «**Articolo 415: Istigazione a disobbedire alle leggi.**

En cuanto a la **instigación al delito** (arts. 414, 1º y 2º), ésta se castiga «*per il solo fatto dell'istigazione*»⁷³⁵ y exige que la conducta se realice con «publicidad»⁷³⁶. Debe destacarse que el requisito de la publicidad (común a todos estos tipos delictivos) es considerado por la mejor doctrina como un elemento constitutivo del injusto propio del delito⁷³⁷, y por tanto deberá ser también elemento a considerar en el dolo. Como señala DE VERO, «La pubblicità della condotta costituisce il requisito centrale della fattispecie, destinato a riassumere il suo significato offensivo quale che sia la connotazione precisa dell'oggetto di tutela»⁷³⁸. Ahora bien, no cualquier expresión que tenga un contenido incitador va a ser relevante penalmente, sino que la jurisprudencia ha exigido una idoneidad para generar un peligro concreto para el orden público⁷³⁹. En cuanto al dolo en el delito de instigación, pero también en el de apología, se entiende que debe concurrir un dolo genérico, si bien, según un sector doctrinal y jurisprudencial, éste debe ser enriquecido de forma que «è necessario, oltre la consapevolezza dell'idoneità per la sua portata suggestiva a porre in pericolo il bene tutelato dalla norma [...], un concreto finalismo della condotta, l'intenzione di volere e provocare il compimento del fatto istigato o la reiterazione del fatto oggetto dell'apologia»⁷⁴⁰. Se plantea así un «*dolo generico arricchito di elementi di pregnanza interna*»⁷⁴¹.

Pero uno de los puntos más delicados se presenta en la interpretación del **delito de apología**: «*...chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti*» (art. 414, §3). La *Corte di Cassazione*⁷⁴² en un primer momento venía interpretando el delito de apología como un puro delito de opinión en el que «basta un giudizio favorevole che implichi l'approvazione convinta dell'episodio verificatosi e l'adesione spirituale ad esso da parte del dichiarante che lo considera come proprio [...] si

Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all'odio fra le classi sociali, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.».

⁷³⁵ Ello permite, como se ha visto en nota anterior, el concurso de delitos entre el 414 Cp. it. y la coparticipación («*compartecipazione morale*») en el delito instigado.

⁷³⁶ La exigencia de publicidad viene interpretándose como que la instigación se realice «in luogo pubblico o aperto al pubblico e deve rivolgersi a una pluralità indeterminata di persone» (sent. Cass. Pen., sez VI, 17/04/1998)

⁷³⁷ G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 265.

⁷³⁸ G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.* Esta consideración abona además la especificidad de la autonomía de estos delitos frente a la disciplina del art. 115 Cp. it. (*vid. supra*, nota n. 730).

⁷³⁹ *Vid.*, entre otras, sent. Cass. Pen., sez. I, 11/04/2007. Sobre la problemática de la idoneidad de las conductas instigadoras, *vid. infra* epígrafe 2.1.3 en este Cap.

⁷⁴⁰ G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 5.

⁷⁴¹ L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, p. 351. Sobre el elemento subjetivo en estos delitos *vid.*, entre otras muchas, Sent. Cass., sez. U., del 18/11/1958; Sent. Cort. Cass., sez. I, 11/03/1975, n. 10804; Sent. Cass., sez. I, 17/11/1997.

⁷⁴² En especial, *vid.* Sent. Cass., sez. U., del 18/11/1958.

distingue dalla istigazione sia diretta che indiretta»; por tanto sin requerir ninguna aptitud para influir en la voluntad de otros ni la capacidad para orientar el juicio de los destinatarios. Esta interpretación, como señaló la doctrina de la época, resultaba manifiestamente incompatible con los principios constitucionales, y en especial con el reconocimiento de la libertad de manifestación del pensamiento⁷⁴³. La *Corte Costituzionale* salió al paso de esta jurisprudencia⁷⁴⁴ y optó por «manipular» el tenor del delito para terminar configurando la apología como una forma de instigación indirecta que debe generar un peligro concreto al orden público: «Diversa dalla critica alla legge, dalla propaganda per il suo aggiornamento, dal giudizio favorevole sui moventi dell'autore, che sono tutte lecite manifestazione di pensiero, è la pubblica apologia diretta e idonea, a provocare la violazione dell leggi penali»; y añadía: «L'apologia punibile [...] quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idóneo a provocare la commissione di delitti» -cursivas mías-. Una decisión de «compromiso» que seguía dejando abiertos problemas estructurales de la figura de la apología⁷⁴⁵. Entre otros problemas, tal interpretación por un lado confunde el propio concepto de apología, que conceptualmente no tiene por qué implicar una instigación en sí misma⁷⁴⁶, y el cual viene forzado por la Corte de forma que la apología sólo pueda ser castigada penalmente cuando revista tal carácter instigador que no le es propio⁷⁴⁷. Esto genera entonces un problema adicional con los elementos integrantes del dolo requerido, ya que: «il dolo della fattispecie di apologia non esige, per definizione, la creazione di un dolo in un'altra persona. Tuttavia, l'interpretazione della Corte costituzionale, secondo taluni, imporrebbe sul piano soggettivo di accertare in capo all'agente la presenza del cd. dolo istigatorio, tale da prospettare il fatto delittuoso oggetto della'apologia come modello o esempio da

⁷⁴³ Por todos, *cfr.* C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

⁷⁴⁴ Así, *vid.* Sent. Cort. Cost. 65/1970. *Cfr.* el comentario a la sentencia de C. FIORE, «Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato», *Archivio Penale*, vol. XXVII, part. I, vol. I, 1971, pp.15-19.

⁷⁴⁵ Así lo afirman, entre otros, E. FRONZA, «Brevi note sulla teoria della "istigazione indirecta" in tema di apologia», Sentencia de la Ass. de Milán, 14/11/2001, *Cassazione Penale*, 2003, p. 312/1017 o C. TRUCCO, «Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apología di reato», Sent. Cort. Cass, sez I, 5 de julio de 1979, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1982, p. 742.

⁷⁴⁶ En este sentido, *vid.* G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 1: «sul piano meramente lessicale «apologia» [...] significa esposizione di ragioni a favore di una dottrina o di una persona confutando le critiche».

⁷⁴⁷ Como afirma LA CUTE, la apología «si risolve nella esaltazione dei fatti e persone con la finalità di suggestionare gli animi suscitando spinte all'imitazione oppure smorzando o atenuando le difficoltà di adesione («Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 1). *Vid.* también, B. OLIVERO, «Apologia e istigazione (reati di)», *op. cit.*, p. 621; y R. DOLCE, «Istigazione a delinquere», *op. cit.*, p. 996.

imitare»⁷⁴⁸. Y también debe considerarse que la apología en principio se trata de una conducta de ensalzamiento de hechos pasados, sin perjuicio de que al ser interpretada como forma de instigación tenga entonces que proyectarse en una peligrosidad *pro futuro*. Pero, además, la doctrina ha señalado que así entendida la apología, como forma de instigación indirecta, resultaría *superflua* frente al delito de instigación (art. 414.1º)⁷⁴⁹. Por otro lado, tampoco la jurisprudencia, ni de *Cassazione* ni ordinaria, han ayudado mucho a reconducir esta figura, sino que, como indica TRUCCO, dentro de las posibilidades interpretativas no han optado por las más garantistas: «Il dolo, si è ribadito, è generico: non v'è necessità nella specie della presenza di un dolo specifico. La concreta idoneità dell'azione va riferita ad una possibilità non del tutto insignificante a che si commettano (anche in futuro) nuovi delitti. L'immediatezza del pericolo è stata ripudiata. Ci si riferisce ad una generica necessità di tutela dell'ordine pubblico piuttosto che al rischio di una lesione di un delitto previsto e determinato. E nulla lascia presagire che si verifichi un futuro cambiamento di rotta nella direzione asupiciata»⁷⁵⁰. En definitiva, comparto que el problema que presenta la apología parte de que «non si tratta di cercare di incorporare i requisiti tipici di una fattispecie (l'istigazione) in un'altra (l'apologia), ma, al contrario, occorre accettare che, nell'attuale svolgersi della cultura democratica (e nell'ambito di un diritto penale liberale), l'incriminazione dell'apologia (di origine autoritaria) non ha alcun senso»⁷⁵¹. No puede esconderse que se trata de una figura de matriz anti-liberal⁷⁵² que aboca a la tutela de un mero clima de tranquilidad pública⁷⁵³.

No menos problemáticas son las figuras del artículo 415 Cp. it. Así, en cuanto al **delito de instigación a desobedecer las leyes de orden público** (art. 415 Cp. it.), por coherencia el mismo debe entenderse referido a leyes no penales (ámbito ya cubierto por el 414 Cp. it.), en concreto a normas extrapenales de orden

⁷⁴⁸ E. FRONZA, «Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" ...», *op. cit.*, p. 312/1018.

⁷⁴⁹ Así, *vid.* G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 267. Por su parte, C. TRUCCO, «Brevi note sui più recenti...», *op. cit.*, p. 739, o G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 229, hablan de «inutile doppione»; o, en otras palabras, G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 4: «intesa come istigazione indiretta, l'apologia si risolve in una modalità dell'istigazione e non dovrebbe essere indicata con un diverso *nomen iuris*».

⁷⁵⁰ C. TRUCCO, «Brevi note sui più recenti...», *op. cit.*, p. 743-744.

⁷⁵¹ E. FRONZA, «Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" ...», *op. cit.*, p. 312/1020.

⁷⁵² G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 268.

⁷⁵³ En este sentido afirma DE VERO: «l'apologia di delitto, quali che siano gli sforzi di «concretizzazione» del giudice costituzionale o del giudice ordinario, resta irrimediabilmente un Klimaschutzdelikt ovvero un fatto «provocatorio» che turba e destabilizza il sentimento collettivo di adesione ai valori tutelati dalla legge penale. Non possono quindi nutrirsi dubbi sull'insanabile illegittimità costituzionale della sua incriminazione» («Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 300; y, en el mismo sentido, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 232).

público, algo que ha sido interpretado de manera muy diversa⁷⁵⁴. En general la doctrina apuesta por la necesidad de su abrogación⁷⁵⁵. Todavía más contundente se muestra la doctrina con el **delito de instigación al odio entre clases sociales** (art. 415 Cp.it.), a pesar de la intervención «aditiva» (o más propiamente «manipulativa») de la Corte Costituzionale⁷⁵⁶. La Corte, aunque reconoció que la formulación típica del mismo podía terminar sancionando «la semplice manifestazione ed incitamento alla persuasione della verità di una dottrina ed ideología politica o filosófica della necessità di un contrasto e di una lotta fra portatori di opposti interessi economici e sociali», y en consecuencia lo declaró inconstitucional, pero sólo «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». En palabras de VIOLANTE: «È proprio il pesante rischio dell'emarginazione, agevolato all'elasticità del concetto di odio e dalla considerazione che ogni motivazione specifica della lotta di classe, in un singolo momento storico, diventa pressochè automaticamente incitamento all'odio di classe, deve far propendere per una decisa inconstituzionalità della seconda parte dell'art. 415 c.p. ai sensi degli art. 21 e 49 della Costituzione»⁷⁵⁷. Según señala G. INSOLERA, «Tra i penalisti non ci risulta che alcuno dissenta più dal ritenere la fattispecie un arnese impresentabile in un sistema liberal-democratico»⁷⁵⁸.

2.1.2. Cuestiones acerca de la legitimidad constitucional del «orden público» como límite a la libertad de manifestación del pensamiento

El «orden público», como se acaba de ver, es el fundamento de importantes delitos de opinión, lo que presupone, por tanto, que éste sea admitido como un bien de rango constitucional susceptible de ser lesionado por el ejercicio de la libertad de manifestación del pensamiento. Pues bien, así lo ha entendido la Corte Costituzionale que no ha tenido empacho en afirmar el «orden público» como un

⁷⁵⁴ Así, vienen incluyéndose: conjunto de leyes imperativas; leyes que garantizan la tranquilidad pública y la seguridad públicas; complejo de valores y principios indispensables para la seguridad y la supervivencia del ordenamiento, etc. Con una breve descripción de estas posibles lecturas, vid.: G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 4; L. VIOLANTE, «Istigazione a disobbedire alle leggi», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 1000 y ss.; y G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 266.

⁷⁵⁵ En tal sentido, *vid.* la referencia de G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 266.

⁷⁵⁶ Sent. Cort. Cost. 108/1974

⁷⁵⁷ L. VIOLANTE, «Istigazione a disobbedire alle leggi», *op. cit.*, p. 1008.

⁷⁵⁸ G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 267.

límite a esta libertad fundamental⁷⁵⁹; aunque, todo sea dicho, con ciertas cautelas. En concreto, la Corte ha tratado de delimitar este concepto acuñándolo como «ordine pubblico costituzionale», siendo éste «l'ordine legale su cui poggia la convivenza sociale»⁷⁶⁰. No obstante, esta reformulación del concepto de orden público no convence a la mayoría de la doctrina. Con carácter general son muchos los autores que entienden que, por más que se puedan admitir ciertos límites tácitos o implícitos a la libertad, la Constitución directamente excluye que un bien como el «orden público» pueda fundar un límite a la libertad de manifestación del pensamiento, ya que contradice el propio fundamento de su reconocimiento⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Sirva como ejemplo la Sent. Cort. Cost. 19/1962, en la que la Corte afirmaba que el orden público «è un bene collettivo, che non è da meno della libertà di manifestazione del pensiero» y el cual considera que «non è affatto estraneo agli ordinamenti democratici e legalitari, nè è incompatibile con essi», llegando a reconocer que se trata de un «bene inerente al vigente sistema costituzionale» (CD. 4). O la Sent. Cort. Cost. 15/1973, en la que recogía sus sentencias previas: «La Corte, infatti, ha già avuto occasione di affermare che anche il diritto di libera manifestazione del pensiero incontra un limite nell'esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell'ordine pubblico (sent. n. 1 del 1956; 33, 120 e 121 del 1957; 19 del 1962 e 199 del 1972)», y reafirmaba que se trata de un bien inherente al orden constitucional «e che il mantenimento di esso rappresenta una finalità immanente dello stesso sistema». Cfr. también, entre otras, sentt. Cort. Cost. 87/1966, 168/1971, 65/1970; 108/1974, 126/1985.

⁷⁶⁰ Sent. Cort. Cost. 19/1962, siguiendo su anterior sentencia n. 2/1956. No obstante, el contenido que ha dado a este elástico término no ha sido siempre el mismo. Así, por ejemplo, en la 168/1971, publicada en *Giur. Cost.*, 1971, II, pp. 1774 con un comentario muy crítico de A PACE, reconocía la Corte que «[é] ovvio che la locuzione «ordine pubblico» ricorrente in leggi anteriori al gennaio 1948 debba intendersi come ordine pubblico costituzionale (sentenza n. 19 dell'anno 1962) che deve essere assicurato appunto per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo»; entendiendo entonces que: «Anche diritti primari e fondamentali (come il più alto, forse, quello sancito nell'art. 21 Cost.) debbono venir temperati con *le esigenze di una tollerabile convivenza*» -cursivas más-. En la Sent. Cort. Cost. 87/1966 refería que «il diritto di libertà della manifestazione del pensiero non può ritenersi leso da una limitazione posta a tutela del metodo democratico»; y continuaba «la norma impugnata tutela altresì l'ordine economico, rispetto al diritto al lavoro, alla organizzazione sindacale, alla iniziativa economica privata, alla proprietà ecc. E tutela infine il mantenimento dell'ordine pubblico considerato come *ordine legale costituito*» -cursivas más- (CD. 4). En la Sent. Cort. Cost. 65/1970 veía un límite a la libertad de expresión «nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della *sicurezza pubblica*, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema». O, por último, mencionar la Sent. Cort. Cost. 108/1974, donde de forma genérica, sin precisar la definición de uno u otro, consideraba que debían ser admisibles aquellos discursos que «non suscitati di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la *pubblica tranquillità*» -cursivas más-.

⁷⁶¹ Así, por ejemplo, C. ESPOSITO se muestra absolutamente crítico con la Corte al considerar que el art. 21 Cost. it., al no reconocer el límite del orden público, «non tanto non consente, quanto esclude che quell'ordine possa giustificare limiti a questa libertà» («La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», Sent. Cort. Cost. (8 marzo) 16 marzo 1962, n. 19, *Giur. Cost.*, 1962, I, p. 194). No es que no admita ningún límite tácito, sino que cuestiona el establecimiento de un límite como el del orden público «in sostanziale contrasto con i presupposti e con le ragioni ideali del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero» (*ibidem*, p. 196 y también en *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 48 ss.). Debe señalarse que, en cualquier caso, C. ESPOSITO reconoce

Incluso la concepción como «ordine pubblico costituzionale» parece seguir siendo insuficiente, toda vez que «[a] ben vedere si tratta di nozione insuscetibile di accertamento empirico, di carattere astratto. Ancora ideale quindi, come tale concettualmente manipolabile a seconda di contingenti esigenze repressive, fino a colpire il mero dissenso político-ideológico»⁷⁶². Por lo que, de admitirse el «orden público» como bien jurídico autónomo, la doctrina reclama cuanto menos que éste tenga un contenido material, además en su acepción material y objetiva (como «seguridad pública»), descartando por tanto la dimensión subjetiva como «paz» o «tranquilidad pública»⁷⁶³.

que, si bien no puede admitirse el orden público como límite general al que se subordine la libertad de expresión, ello no quita que «tale ordine non possa mai giustificare concrete e singole limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero» («La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 197), y en el mismo sentido *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 49). Por su parte, P. BARILE afirma que resulta «del tutto inammissibili, in particolare l'assurdo limite, ripudiato dalla Costituzione in modo espresso a causa della sua troppo ampia discrezionalità, dell'ordine pubblico» («La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose», *Il Foro Italiano*, part. I, 1962, p. 861). G. ZUCALÀ, «Personalità dello Stato...», *op. cit.*, pp. 101 y ss, aunque reconoce su virtualidad, sin embargo niega que pueda ser admitido como límite a la libertad de expresión, ni siquiera entendido en su acepción más restringida en el ámbito penal (eso sí, debe tenerse en cuenta que el autor excluye las manifestaciones activizantes del ámbito de protección de la libertad por lo que este límite no operaría frente a formas de propaganda y apología pero sí en la instigación).

⁷⁶² G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 253. En términos similares se expresa, entre otros, A. PACE: «Ora, come va respinto il concetto di ordine pubblico costituzionale tanto che esso designi la condizione d'efficacia dell'ordinamento o, riassuntivamente, il complessivo ordinamento costituzionale, perchè nell'uno come nell'altro caso si imporrebbe un concetto di ordine pubblico ideale che, pregiudicando la piena circolarità del potere se non addirittura la libertà di manifestazione del pensiero, costituisce la premessa per l'involuzione del nostro ordinamento liberal-democratico in un sistema di democrazia guidata, così non può condividersi la teoria secondo cui "le esigenze di una tollerabile convivenza" avrebbero addirittura forza normativa» (Sent. (5 luglio) 8 luglio 1971, n° 168, *Giur. Cost.*, 1971, II, p. 1781). O, en su misma línea, P. BARILE: «rientrerebbe in ogni caso in quello "ideale", certamente da respingere dato il carattere esclusivamente "materiale" del concetto in sé» (*Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 125). A este respecto *vid.* también, A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, especialmente pp. 262 y ss.

⁷⁶³ En particular véase la obra G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 291 y ss., y su intento de concreción del concepto de «seguridad pública» a través de la noción de «incolumidad pública». Del mismo autor *vid.* «Istigazione, libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 12, donde concluye la compatibilidad «con il quadro costituzionale della tutela penale dell'ordine pubblico, purchè l'accezione materiale del concetto sia coerentemente sviluppata nel senso della risoluzione del pregiudizio della pace sociale nella prospettiva della commissione di fatti di reato, e della riduzione del profilo psicologico dell'insicurezza a riflesso mediato di una situazione oggettiva di turbamento». G. INSOLERA afirma que «un concetto di ordine pubblico che prescindia da specifiche, ed empiricamente apprezzabili, esigenze di pubblica incolumità, sicurezza, salute e tranquillità, non è rinvenibile tra i valori sanciti dalla nostra Costituzione, né può essere oggetto di tutela in sede penale» («I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 253). A. PACE, por su parte, indica que «in un ordinamento liberal-democratico, il concetto di ordine pubblico, rilevi esso o non rilevi a livello di legislazione costituzionale, va invece giocoforza ridotto al mero ordine materiale di cui la sicurezza

En un intento de evitar tales derivas anti-liberales, el «orden público» como límite a la libertad de expresión trata de ser reconducido a lo que sería un límite *autónomo*⁷⁶⁴ definido por la «assenza di “pericolo di reati”»⁷⁶⁵. Otros autores plantean directamente como límite a la libertad la «esigenza di non consentire istigazioni al reato»⁷⁶⁶, evitando así el recurrir al problemático límite del orden

pubblica rappresenta lo stato soggettivo» (Sent. (5 luglio) 8 luglio 1971, n° 168, *Giur. Cost.*, 1971, II, p. 1783; y del mismo autor *vid.* también A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, p. 412). En sentido análogo, *vid.* F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 297 y M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 568, lo admiten en tanto que el mismo no se configure como una entidad ideal, sino que tenga una base material y empírica.

⁷⁶⁴Debe tenerse en cuenta que el orden público da lugar a delitos que pretenden dar protección a un bien jurídico diferenciado de los concretos bienes que pueden ser ofendidos por las conductas a las que se excita o ensalza, y que, en consecuencia, su estructura típica debe ser leída en clave de ofensividad hacia tal objeto jurídico –orden público- (y no hacia esos otros bienes): «in questa categoria di delitti sono considerati fatti che, anche se possono tendere alla lesione di particolari beni giuridici [...], costituiscono, di per sè, un bene identificabile pericolo all’ordinato vivere sociale, per la modalità in cui sono compiuti» (G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l’)», *op. cit.*, p. 153). A este respecto, *vid.* G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 294 y ss., y F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 254 y ss.. Creo que es de ello –el empeño de fijar el bien jurídico de estos delitos en el «orden público»-, como luego se continuará explicando, de donde arrastran los principales problemas de constitucionalidad de los delitos de instigación y apología definidos como tipos penales autónomos cuyo objeto jurídico de protección es el «orden público».

⁷⁶⁵ G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 294, en un intento de dar una lectura constitucionalizada al objeto de la tutela en el delito de instigación (art. 414 Cp. it.) considera, como se ha visto anteriormente, que la única interpretación posible es asumir una acepción objetiva del orden público entendido como «pericolo di reati».

⁷⁶⁶ Siguiendo a ALESIANI, «limite esterno alla libertà di manifestazione del pensiero che deriva dall’esigenza di non consentire istigazioni al reato, se ne rinviene la radice costituzionale nell’obbligo di osservare le leggi imposto dalla Costituzione [...] e tale obbligo si pone necessariamente come limite alla manifestazione del pensiero nel senso che essa, se indubbiamente può, tuttavia, risolversi in una istigazione a violare od infrangerle» (*I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, p. 153). Y, en este mismo sentido, concluye que este límite, «ritenuto assolutamente legittimo e necessario, non va genericamente ricollegato alla tutela dell’ordine pubblico, quale concetto di difficile individuazione oltre che a rischio di indeterminatezza, ma piuttosto alla esigenza di non consentire istigazioni al reato» (*Íbidem*, p. 157). Admite que «in questa prospettiva, quindi, il significato specifico del mantenimento dell’ordine pubblico (eventualmente rinominato “sicurezza collettiva” in un’ottica di riforma), a livello di tutela penale, si risolve nell’astensione dei consociati da fatti penalmente rilevanti, e il significato offensivo della condotta di istigazione deve essere individuato proprio nel prodursi del pericolo *attuale* della commissione di reati; solo in questa accezione l’ordine pubblico può diventare bene giuridico protetto dalla fattispecie in parola compatibile con il quadro costituzionale, e in grado di svolgere correttamente la funzione di limite alla libertà di espressione del pensiero» (*íbidem*, p. 157-158).

A. CERRI igualmente encuentra el fundamento de este límite en el art. 54 Cost. it. que impone la obligación de observancia de las leyes, lo que se traduciría en que la libertad de expresión «non può, tuttavia, risolversi in una istigazione a violare od infrangerle [le leggi]» («Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire», Sentencia de la Corte Costituzionale de 2 de abril de 1969, n. 84, *Giur. Cost.*, 1969, p. 1184); pero concreta indicando que la única

público. Ahora bien, al exponerlo como un límite en sí a la libertad, éste debe dotarse entonces de un contenido diferenciado con respecto a los concretos bienes jurídicos que vengan protegidos por los delitos a los que se instiga. En este punto sería necesario advertir que no se puede confundir que se asuma como límite (autónomo) el no permitir la instigación a delitos (en tutela por tanto de un genérico orden público), con la posibilidad de privar de protección a manifestaciones (instigadoras, apologéticas, propagandistas) que puedan lesionar o poner en peligro bienes de valor constitucional, como son los bienes objeto de protección penal. Son planos distintos donde entran en juego consideraciones muy diversas⁷⁶⁷. Se puede negar al orden público cualquier valor como límite tácito o implícito a la libertad de expresión, no admitir tampoco un genérico límite derivado del deber de obediencia a la ley, sin que ello sea óbice para poder reconocer que las expresiones instigadoras pueden ser privadas de protección constitucional⁷⁶⁸. En esos casos lo que está en juego no es un abstracto orden

posibilidad de daño penalmente perseguible debe ser «sollo quella che, per le circostanze in cui è fatta, risulta effettivamente idonea a produrre l'effetto desiderato» (*ibidem*, p. 1185). Reconoce este autor que «il concetto stesso di democrazia escluda la possibilità di reprimere la propaganda delle forze che si oppongono al sistema. [...] Un Governo che pretendesse di restare al potere quando questo consenso fosse venuto meno, anche se per il prevalere di forze che contestano il sistema, non sarebbe più democratico»; pero concluye que «per l'ammissibilità in un sistema democratico di una propaganda eversiva, nei soli limiti, peraltro, in cui essa tenda a conquistare la maggioranza, non quando sia rivolta ad azioni violente di minoranze» -cursivas mías- (*ibidem*, p. 1188).

⁷⁶⁷ Por un lado está el reconocimiento del valor o bien que se contrapone a la libertad para erigirse como potencial límite a la misma, y, por otro, el significado ofensivo que puede tener una conducta instigadora o apologética, la cual, como se viene describiendo, puede ser ofensiva (lesiva o peligrosa) o bien de un valor etéreo como el orden público o del deber general de observar las leyes, o bien de los concretos bienes tutelados por esas leyes penales. Los autores que, como se verá a continuación, proponen el límite del deber del respeto a la ley, en realidad están más preocupados del potencial ofensivo de las conductas instigadoras que del propio bien que justifica el límite, y prueba de ello es que al reconocer el límite dicen que deriva del deber de observar las leyes impuesto por la Constitución, pero lo enriquecen ya en su propia definición con connotaciones propias del significado ofensivo («esigenza di non consentire istigazioni al reato»). Por mi parte, no creo que el límite a la libertad de expresión derive de la obligación *ex art. 54 Cost.* de respeto a la ley, sino de los concretos bienes que las leyes pueden proteger, alguno de los cuales –no todos, aunque tengan rango constitucional- pueden justificar una tutela adelantada que llegue a privar de protección a ciertas manifestaciones por la peligrosidad que puedan representar.

⁷⁶⁸ En este sentido, C. ESPOSITO negaba la virtualidad del orden público como límite a la libertad de expresión, aunque admitía la posibilidad de que en ciertos casos pudiera justificar «concrete e singole limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero» -cursivas mías- («La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 167; y puede verse también *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 48 y ss.). Por ejemplo, a tales efectos entendía este autor que «[m]entre è indubbio che la speciale disposizione costituzionale che esclude il diritto di associarsi per fini che siano vietati ai singoli dalla legge penale, secondo spirito e secondo lettera, esclude dalla garanzia le espressioni in istigazione al delitto (che costituiscono modo di concorrere o di associarsi ad esso), nessuna disposizione costituzionale, salvo quelle relative alle pubbliche riunioni [...], consente di

escludere da quella garanzia, la diffusione, esaltazione e propaganda di affermazioni, pensieri o dottrine che costituiscano un pericolo per l'ordine pubblico e per quello costituzionale» (*La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 50). Considera, por tanto, que la instigación al delito sí que puede quedar fuera de protección constitucional en una interpretación de la prohibición de asociarse para fines contrarios a la ley penal (ar. 18.1 Cost. it.), «in senso lato e dinamico, e cioè non solo l'esserci associati nel delitto ma il venir costituendo la *societas sceleris*, quella *societas sceleris* che sussiste in ogni ipotesi di concorso di reato» (*ibidem*, p. 50, en nota a pie 114). De ello podemos deducir entonces, por un lado, la ilegitimidad como límites a la libertad de manifestación del pensamiento del orden público, o un genérico deber de respetar la ley; si bien, lógicamente, puedan ser sancionadas conductas de participación en delitos (como por otro lado reconoce la propia Constitución para el caso de la libre asociación).

También C. FIORE entiende que podrán ser sancionadas aquellas formas de instigación que «il contesto specifico della manifestazione del pensiero incriminata permetta di configurarla come antecedente causale immediato di una azione costituente reato»; algo que además interpreta en modo muy restrictivo, «dovrebbe essere tale da consentire, nell'ipotesi in cui l'azione delittuosa realmente si verifici, l'incriminazione dell'istigatore, come concorrente nel reato, ex art. 110 c.p.» («Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione», *op. cit.*, p. 8); lo que comporta como consecuencia «la impossibilità di configurare fattispecie autonome di istigazione, che non siano collegate a ben determinate ipotesi di azione costituente reato» (*ibidem*, p. 8, en nota a pie 4). De lo que parece deducirse, por tanto, que el límite a la libertad de expresión no sería tanto el ideal respeto a la ley penal como los bienes jurídicos objeto de protección en cada uno de estos delitos. Sin embargo, aunque rechaza el orden público como límite a la libertad de expresión, termina admitiéndolo «nella sua accezione materiale ed empirica», aunque como un límite «che non riguardano, né possono riguardare, la manifestazione del pensiero in sé, né tanto meno il suo contenuto o le sue finalità; ma che trovano origine nella esclusiva considerazione di determinate situazioni e condizioni di fatto, a cui si connette un *immediato* pericolo per la sicurezza e tranquillità pubbliche: vale a dire circostanze di tempo e di luogo, modalità concrete e tecniche, mezzi e modi, della manifestazione del pensiero» (*I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 111-112). De manera que se mantiene así en una posición donde, por un lado, sólo admitía límites a la libertad de expresión de manifestaciones que conectasen directamente con una acción delictiva, pero, al final, reconoce la posible exclusión de protección de expresiones que supongan un peligro inmediato no para la realización de un delito concreto sino para la seguridad y tranquilidad públicas.

ZUCCALÀ, como se ha dicho, tampoco admite el orden público como límite de la pura manifestación de pensamientos (como es el caso de la propaganda o la apología), aunque a su juicio sí es admisible la sanción de la incitación (a la cual excluye de consideración como expresiones protegidas): «Parlare di violenza è cosa ben diversa dal realizzarla o dal tendere causalmente a realizzarla [...] La Costituzione sancisce il divieto della violenza [...] la violenza, dunque, in quanto attuata, almeno come situazione di concreto pericolo, non l'idea della violenza, in quanto concepita come tale e comunicata, senza che la condotta posta in essere abbia idoneità causale a realizzarla» («Personalità dello Stato...», *op. cit.*, p. 96; *vid.* también pp. 101 y ss.; y estas mismas palabras son retomadas en C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 99).

En cualquier caso, el eje común de estos tres autores creo que se encuentra en que todos ellos en principio rechazan el orden público como límite a la libertad de expresión pero en última instancia admiten la sanción de las formas instigatorias como formas de expresión vinculadas a una acción, la cual genera un peligro inmediato de comisión de un delito. Eso sí, aunque parecen optar por un planteamiento que acercaría la lectura de la instigación como forma de participación en los delitos a los que se instiga, al mismo tiempo terminan admitiendo referencias a un autónomo orden público como límite (ya sea como limitación concreta y singular o ya sea sobre la base de delimitarlo en su acepción material y empírica). A ZUCCALÀ, en la medida que excluía ontológicamente las expresiones activizantes, no se le presentaba tal problema con la instigación.

público o una prohibición general de no instigar al delito, sino el peligro generado para los concretos bienes jurídicos objeto de protección de los delitos a los que se instiga⁷⁶⁹. Es por ello que a mi juicio la mejor opción pasa por negar eficacia a un valor como el orden público, cuya problematicidad ya ha quedado más que puesta de manifiesto, del mismo modo que tampoco es posible asumir que frente a la libertad de expresión pueda imponerse la obligación de observar las leyes como un límite formal⁷⁷⁰; todo ello sin perjuicio de que pueda llegar a admitirse la sanción de discursos que generan un peligro para la comisión de delitos, pero tomando como bien jurídico el concreto bien que el delito en cuestión tutela, y atendiendo entonces a la ofensividad que tal discurso pueda tener⁷⁷¹. La distinción no es baladí porque, así entendido, el legislador deberá valorar en cada caso aquellos bienes jurídicos protegidos penalmente para los cuales la instigación pueda también quedar sancionada, sin ser legítima una genérica proscripción de toda instigación a cometer un delito -como hoy día ocurre por ejemplo con el art. 414 Cp. it., que desde esta perspectiva sería inconstitucional aunque se pudiera reformular como una forma anticipada de protección para ciertos delitos⁷⁷²-. En cualquier caso, para entrar de forma más detallada en el análisis de una posible lectura constitucionalizada de estas formas ofensivas conviene pasar al siguiente apartado.

Todos los autores comparten el resultado final y es que, si bien la idea de violencia no está proscrita (o la de cometer un delito), sin embargo, cuando el discurso mantenga una idoneidad causal con su realización, entonces podrá ser susceptible de sanción. Porque, como se ha indicado, «*parlare di violenza è cosa ben diversa dal realizzarla*».

⁷⁶⁹ La cuestión de la constitucionalidad de la sanción sólo de conductas instigadoras o si pueden ser también constitucionales delitos que sancionen la apología o la propaganda exige ir más allá de considerar el bien jurídico que opera como límite para entrar en cuestiones relativas a los límites constitucionales que operan en la configuración de la estructura del delito, como será estudiado en el próximo epígrafe.

⁷⁷⁰ Me parece un contrasentido, ya que las leyes no imponen (o no deberían imponer) aquello que pensamos ni que podemos decir sino como actuamos, por lo que, si no caemos en la tentación de distinguir entre discursos activizantes y puras manifestaciones de ideas o pensamientos, no puede haber contradicción entre la libertad de expresión y la obligación de observar las leyes.

⁷⁷¹ Este juicio de peligrosidad, ya sea estructurado como peligro concreto o abstracto, deberá atender, como señalaba C. FIORE, a «determinate situazioni e condizioni di fatto, a cui si connette un *immediato* pericolo» [«circostanze di tempo e di luogo, modalità concrete e tecniche, mezzi e modi, della manifestazione del pensiero»] (*I reati di opinione, op. cit.*, pp. 111-112); aunque, en mi opinión, este peligro no deberá referirse a la «la sicurezza e tranquillità pubbliche», sino al objeto jurídico del delito al que se instiga.

⁷⁷² *Vid. infra* epígrafe 2.1.3 en este Cap.

2.1.3. Reflexiones conclusivas sobre la problemática lectura constitucional de la estructura típica de los delitos de opinión contra el orden público

La reinterpretación constitucional de los delitos de opinión no puede quedar circunscrita únicamente a delimitar conceptualmente de forma más restringida los bienes que actúan como límites potencialmente anti-liberales a la libertad de expresión, por lo que, a la vez que se trata de dar un contenido a estos, como se ha visto de la relectura de bienes como el «orden público», pero también de otros como el «sentimiento nacional» o el «prestigio» de las instituciones; jurisprudencia y doctrina han venido propugnando una reformulación más profunda de los tipos penales que tenían por objeto tales límites para lograr que las conductas sancionadas tuvieran un *auténtico* contenido ofensivo y se adecuaran a los principios constitucionales que informan el ámbito penal⁷⁷³.

En primer lugar, la Corte Costituzionale, como ya se ha ido adelantando, ha confirmado la constitucionalidad de muchos de estos delitos de opinión pero exigiendo una peligrosidad (más o menos) concreta⁷⁷⁴ para lesionar el bien jurídico, aun a riesgo de quebrar el principio de legalidad con tales interpretaciones «manipulativas»⁷⁷⁵. Así, delitos que originariamente (y según el tenor literal del propio Código penal) estaban formulados como delitos (de opinión) de peligro presunto, pasaban ahora a ser releídos como delitos de peligro más o menos concreto⁷⁷⁶. Sin embargo, la posición marcada por la Corte

⁷⁷³ Me referiré en particular a los delitos vinculados con el orden público (instigación, apología, etc.), si bien tales consideraciones pueden ser extendidas a otros delitos de opinión. Por ejemplo, se ha visto anteriormente la reformulación promovida por la Corte Costituzionale en la interpretación de los delitos de vilipendio.

⁷⁷⁴ Advierte C. VISCONTI que al final el recurso a la peligrosidad no permite garantizar una posición de neutralidad frente a los contenidos de los discursos, y que ese margen de mayor o menor concreción que la Corte deja abierto en realidad responde a que «i giudici delle leggi tendono a riservarsi un sottile, ma non per questo meno significativo margine di apprezzamento sul contenuto, sul nucleo ideologico delle espressioni del pensiero» (*Aspetti penalistici del discorso pubblico, op. cit.*, p. 26).

⁷⁷⁵ En este sentido, por ejemplo, G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, se refiere a la «manipulación» del delito de instigación al odio entre clases sociales. G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 2, señala también este efecto aditivo o manipulativo y advierte, siguiendo a la Corte di Cassazione (Cass. Pen., sez. I, 22/11/1974), que con estas sentencias se terminaba por modificar la estructura del delito y se ponía en duda el principio de legalidad.

⁷⁷⁶ Así, *vid.* en particular la Sent. Cort. Cost. 65/1970, sobre el delito de apología (art. 414,3 Cp. it.), cuya sanción se permite en la medida que «integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; o la Sent. Cort. Cost. 108/1974, sobre el delito de «istigazione al odio fra le classi sociali» (art. 415 Cp. it.), que fue declarado inconstitucional en la medida que «non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». También los delitos de apología del fascismo y de manifestaciones fascistas han sido

Costituzionale no deja de resultar elástica⁷⁷⁷ y abre numerosas posibilidades interpretativas sobre los distintos elementos característicos del juicio de

releídos en clave de peligrosidad concreta de la conducta para la reconstrucción del partido fascista. Y la Sent. Cort. Cost. 1/1957, «istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a *tal fine idoneo ed efficiente*» -cursivas mías-. No es tan clara su posición en la Sent. Cort. Cost. 74/1958, que resulta muy significativa ya que, aunque exige una peligrosidad concreta, al delimitar el delito de «manifestazione fasciste» asumía que el contenido «fascista» de las expresiones y la exigencia de publicidad «fanno chiaramente intendere che, seppure il fatto può essere comesso da una sola persona, esso deve torvare *nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali, da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste*» -cursivas mías-, por lo que admitía que su idoneidad se centrara no en el peligro en sí de reconstrucción del partido sino en que se pudieran crear adhesiones o se difundieran concepciones favorables a ello; aunque luego apostillaba que en la *ratio* de la norma está el querer «colpire le manifestazioni stesse, precisamente in quanto *idonee a costituire il pericolo di tale ricostruzione*». En la Sent. Cort. Cost. 15/1973, se refería a actos «concretamente idonei a scuotere e porre in pericoli l'ordine pubblico». Para el delito de noticias exageradas o tendenciosas (art. 656 Cp.it.), en la Sent. Cort. Cost. 19/1962 la Corte imponía también que el juez debiera verificar la idoneidad turbativa para el orden público de tales noticias «secondo criteri obiettivi e rigorosi, tenendo presente l'effettiva realtà del momento». Más tímida se mostraba en el delito de «propaganda sovversiva» (art. 272 c.p.) en la Sent. Cort. Cost. 87/1966 donde la Corte afirmó que «pur non raggiungendo il grado di aperta istigazione, *risulta idonea a determinare le suddette reazioni che sono pericolose per la conservazione di quei valori*, che ogni Stato, per necessità di vita, deve pur garantire» (CD. 4); o en la Sent. Cort. Cost. 71 del 1978, sobre el delito de «istigazione dei militari» (art. 266).

⁷⁷⁷ En este sentido, destaca el comentario que frente a una de las primeras sentencias de la Corte Costituzionale, la n. 65/1970, realizó G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile ai sensi della costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 C.P., ultimo comma», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, pp. 19-25, poniendo de manifiesto que se abrían tres posibles lecturas de la estructura de la apología punible dentro de la interpretación dada por la Corte a ésta como delito de peligro concreto: a) Aquella dirigida a «far precipitare immediatamente» la resolución y la acción criminal de otro; de forma que el dolo debería incluir la conciencia y la voluntad de inducir a otros a cometer «subito» una acción criminal y el discurso apologético debería ser idóneo a que, atendidas las circunstancias del caso, alguna persona se pudiera determinar a cometer inmediatamente el delito. b) Una conducta dirigida a determinar a terceros a la comisión de delitos, pero sin que sea necesaria tal inmediatez, en cuyo caso el dolo seguiría incluyendo la voluntad de influir en la voluntad criminal de un tercero. Para compensar la falta de tal inmediatez se podría entender de forma especialmente rigurosa el juicio de idoneidad de la conducta, exigiendo una alta probabilidad de que se verificaran en el futuro los delitos. c) Sería punible la apología en los términos de proyección de la conducta y de dolo como en la segunda (se debe pretender promover la comisión de un delito aunque no sea de forma inmediata), pero la idoneidad de la conducta exigiría sólo una «ragionevole possibilità»; de forma que bastaría con demostrar la genérica permeabilidad del ambiente a la sugestión y la posibilidad no irrelevante de que se pudieran dar las circunstancias para que se diera el hecho. BOGNETTI considera que es la última interpretación la que se adecua mejor al significado jurídico de la sentencia. Por tanto, el juez estaría llamado a ir más allá de la existencia de un discurso apologético sugestivo y tendría que «indagare sulla circostanza se quel discorso avesse poi *in concreto* delle *chances* di influire sulla condotta dei terzi. Ma poiché [...] quelle *chances* andrebbero misurate in termini, non di probabilità, ma -ripetiamo- di mera ragionevole *possibilità*» (*ibidem*, p. 42). No obstante, el propio BOGNETTI reconoce que para un sector doctrinal esta lectura de la decisión de la Corte sería insuficiente y

peligrosidad, lo que ha dado lugar a muy diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte di Cassazione, por su parte, no ha recibido de manera homogénea la reinterpretación de estos delitos bajo el prisma del peligro concreto, oscilando en el mayor o menor rigor a la hora de exigir tal probabilidad o posibilidad de que se cometa el delito⁷⁷⁸. Se encuentran decisiones en las que la Cassazione planteaba la idoneidad como «mera possibilità» de que se cometan delitos⁷⁷⁹; y, en algún caso –aunque excepcional-, ha llegado a mantener la presunción del peligro⁷⁸⁰, algo en clara contradicción con la jurisprudencia

optan por una visión más liberal que apostaría por una interpretación rígida de la idoneidad como alta probabilidad (*ibidem*, p. 42).

⁷⁷⁸ Para un repaso general de esta jurisprudencia, entre otros, *vid.*, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 209 y ss.

⁷⁷⁹ Así, en la sent. Cass., sez. I, 17/11/1997, sobre el delito de apología, afirmaba que la concreta idoneidad «non va inteso nel senso che la condotta punibile debba avere la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti, o sia pure la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo; al contrario, il requisito della idoneità, postulato dalla Corte costituzionale [...], non può essere inteso se non in un senso corrispondente all'identico concetto elaborato sulla base della norma generale dell'art. 49 C.p., e cioè *come la ragionevole, non insignificante possibilità che alla condotta seguano determinati reati* (Cass., Sez. I, 23 gennaio 1979)» -cursivas más-; y añadía «per accertare la concreta idoneità nel [...] occorre stabilire, di volta in volta, se la convinta, pubblica riprovazione di specifici episodi criminosi rechi in sé la possibilità di influire sulla condotta di terzi, in modo da poterli determinare al delitto. Ma proprio perché l'idoneità del comportamento è *integrata dalla mera possibilità, en non dalla probabilità o dalla certezza di eventi futuri*, è anche evidente come un pericolo concreto per la sicurezza pubblica sussiste in misura maggiore quando il discorso apologetico incide su specifiche situazioni o su ambienti non febratari a recepirne l'impulso istigatorio (come sono gli ambienti anarchici)» -cursivas más-. También sobre el delito de apología, la Sent. Cass., I, 05/05/1999, n. 8779: «*da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo, della consumazione di altri reati* e, specialmente, di reati lesivi di interessi omologhi e quelli offesi dal crimine esaltato» -cursivas más-; o, llevado a un extremo mayor, en la Sent. Cass., sez. I, 27/09/1991, entendía la posibilidad de que se diera este delito: «È configurabile l'apologia di reato sotto forma di istigazione a delinquere nel fatto di erigere un monumento a perenne memoria -additandolo ad esempio- a persona nota per aver spento la vita di un capo di Stato, qualora si accerti che, *nonostante la lontananza storica dell'assassino, sussiste attualmente e concretamente la possibilità che l'erezione del monumento eserciti una forza di suggestione e di persuasione tale da poter stimolare la commissione di altri fatti criminosi, corrispondenti o similari a quello esaltato*».

⁷⁸⁰ En el delito de apología al genocidio la Cassazione optaba, como luego se verá en mayor profundidad, por definirlo como un delito de peligro presunto Sent. Cass., sez. I, 29/03/1985, n. 507; o también el delito de incitación a cometer violencia por motivos raciales, étnicos y otros (art. 3.1.b l. 13 ottobre 1975, n. 654, como modificado dalla l. 25 giugno 1993, n. 205) era definido como «*un reato di pura condotta e di pericolo astratto, e non essendo revocabili in dubbio*» en la sentencia Sent. Cass., sez. I, 26/11/1997. En otras instancias, pueden destacarse sentencias como la sent. Tribunale di Milano, 25/02/2003, n. 415, que, sobre el delito de propaganda y apología subversiva (art. 272 Cp. it.), afirmaba: «Per la sussistenza del reato di cui all'art. 272 c.p. occorre infatti che il volantino (o lo scritto o il discorso) abbia una *efficacia propagandistica e quindi sia idoneo a creare una situazione di pericolo circa la concreta adesione alle tesi propagandate sotto forma di azioni*

constitucional, o a una suerte de idoneidad de la acción sobre la base de la capacidad de sugestión que pudiera generar el discurso apologético o instigador⁷⁸¹ –que en concreto el discurso pudiera «suonare come una vera apologia di delitto alle orecchie di chi le recepì»⁷⁸²–.

En doctrina, por su parte, se discuten también los distintos elementos característicos de estos delitos⁷⁸³: sobre el grado necesario de probabilidad de

violenti immediatamente riconducibili alle tesi medesime»; pero luego seguía la definición de propaganda dada por la Cassazione (por todas, Sent. Cass., sez. I, 29/01/1975): «fare penetrare nella coscienza di altri soggetti sollecitandone indirettamente la volontà per ottenerne l'adesione». Así, el Tribunale di Milano consideraba que el delito del art. 272 es un delito de peligro presunto pero «è però vero che la diffusione del pensiero deve essere qualificata ai sensi dell'art. 272 c.p. deve avere una "efficacia penetrativa" nell'altrui volontà o meglio una efficacia di convincimento tale da costituire quel "concreto pericolo" di insorgenza di una manifestazione violenta e delittuosa che la norma è diretta a prevenire (Cass, sez. I, 6 ottobre 1971)». Sin embargo, la sent. de la Ass. Milano, 14/11/2001, como se verá en el próximo epígrafe, se oponía a la interpretación dada por la Cassazione al delito de apología del genocidio.

⁷⁸¹ En tal sentido, en ocasiones ha optado por concentrar su juicio en la idoneidad sugestiva de la acción, como por ejemplo en la Sent. Cass., sez. I, 5/07/1979: «Il disvalore dell'azione criminosa non sta nella semplice espressione di un giudizio positivo su un fatto, giuridicamente negativo, quale è il reato, rientrando ciò nel diritto costituzionale garantito di ogni cittadino di esprimere liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.), bensì nella efficacia propagandistica di un tale giudizio, nella sua forza penetrativa nella coscienza del pubblico, nel messaggio di esemplarità del reato esaltato o approvato, attraverso il quale i destinatari ne risultino o ne possono risultare, sia pure indirettamente, condizionati e siano spinti, o possono essere spinti, a forme di imitazioni». En otras se ha referido a la idoneidad para suscitar adhesiones (que no es lo mismo que la idoneidad a que se cometan delitos): «effettuata in maniera tale da indurre altri alla commissione di fatti analoghi: di talché è indefettibile l'idoneità dell'azione a suscitare consensi ed a provocare "attualmente concretamente" - in relazione al contesto spazio-temporale ed economico sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio- il pericolo di adesione al programma illecito» (Sent. Cass., sez. I, 22/11/1997). Con otros delitos, como el de propaganda subversiva (art. 272 Cp. it.), la Cassazione se centraba igualmente en la idoneidad sugestiva de la acción: «l'invio del volantino a un quotidiano di larga diffusione atto pienamente idoneo, secondo un giudizio ex ante, a farne conoscere il contenuto a una pluralità indeterminata di persone non potendosi affatto escludere, solo perché in altri casi non era avvenuto, che in quella occasione venisse invece pubblicato [...] o che ne venisse comunque data notizia anche solo per sintesi, il che poteva essere sufficiente a realizzare l'intento di propaganda» (Sent. Cass., sez. I, 04/03/2004, n. 19908).

⁷⁸² G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*, p. 40.

⁷⁸³ Para un detallado estudio sobre estas problemáticas, *vid.* L. ALESANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss., con una relectura en clave constitucional de los delitos de provocación, y F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 171 y ss. También pueden verse, entre otros muchos, G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*, en los términos ya expuestos; C. TRUCCO, «Brevi note sui più recenti...», *op. cit.*, pp. 743-744, particularmente pp. 737 y ss.; M. CESARE, «Sull'apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto in dietro», Sent. Cass. 27/09/1991, *Cassazione Penale*, 1993, pp. 1715-1718; L. STORTONI, «L'incostituzionalità dei reati di opinione...», *op. cit.*, *passim*; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, *passim*; D. PULITANÒ, «Libertà di manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, *passim*; M. PELISSERO, *Reato político e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Nápoles, 2000, pp. 131-133; G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, *passim*; B. OLIVERO, «Apologia e istigazione (reati di)», *op. cit.*, *passim*; L.

realización del evento peligroso –y sobre la *inmediatez* para que el mismo se cometa⁷⁸⁴; sobre los elementos de juicio a considerar para valorar tal peligro⁷⁸⁵; e incluso sobre cuál debe ser el resultado peligroso y la posición que éste debe ocupar en la formulación típica (comisión de delitos, creación de un clima criminógeno difuso...)⁷⁸⁶.

Pero tampoco la relectura de estos delitos como figuras de peligro concreto parece resolver los problemas. Así las cosas, un importante sector doctrinal ha destacado las dificultades que plantea la estructura de los delitos según un juicio de peligro concreto en aquellos casos en los que el resultado lesivo que se teme no tiene una entidad material real⁷⁸⁷, algo que se ve especialmente en delitos como la

VIOLANTE, «Istigazione (nozioni generali)», *op. cit., passim*; R. DOLCE, «Istigazione a delinquere», *op. cit., passim*; G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit., passim*; M. CESARE, «Sull'apologia e i reati...», *op. cit., passim*; G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit., passim*; A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, pp. 726 y ss..

⁷⁸⁴ A este respecto, *cfr.* la distinción realizada por G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*, p. 19-25, referida en nota anterior.

⁷⁸⁵ En cuanto a los concretos elementos a considerar por esa mejor ciencia y experiencia en un juicio de peligro concreto, me parece interesante resaltar la posición de E. FRONZA, que advierte la importancia de atender, más que al contenido de las expresiones, al «tipo di espressione (politica commerciale, artistica), il mezzo con cui avviene (personale, stampa, o televisione), il pubblico a cui il messaggio è destinato (adulti, bambini, pubblico esteso o specializzato)»; en definitiva elementos que permiten «di valutare l'azione nel singolo contesto e di valutarer quindi se nel caso concreto il bene giuridico ha corso un effettivo pericolo» («Osservazioni sull'attività di propaganda razzista». *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* [accesible en línea], n. 2, 1998. Disponible en: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etudesdiverses/articles/razz.htm>). Comparto en este sentido la complejidad de los elementos singulares a considerar para poder formular tal juicio de peligrosidad concreta, pero incluso creo que se debería ir más allá y advertir, como luego se dirá, que en el caso de que el resultado sea no la probable o posible comisión de un delito o de unos delitos, sino la creación de una situación difusa de peligrosidad, habrá que atender a más elementos de naturaleza social que pongan en la balanza no sólo los aspectos referidos sino también el contexto político social en el que se desenvuelven. De ahí que, como se ha visto, sean muchos los que se oponen a la posibilidad de realizar tal juicio de peligrosidad concreta.

⁷⁸⁶ Sobre estos últimos aspectos, si se mantiene la concepción de la instigación y la apología como figuras autónomas con el orden público como bien jurídico, la peligrosidad no tendría que venir dada porque se cometa el delito en sí (y por tanto que efectivamente se lesione el bien jurídico tutelado por éste), ya que la comisión de un delito no compromete el orden público en sí mismo (salvo que se piense en éste como la ofensa por una «mera desobediencia»); sino, más bien, que se genere una suerte de «clima objetivo» de criminalidad (entendiendo el orden público en sentido material y objetivo) al cual se asocia ese potencial lesivo para el orden público (en realidad para los bienes que el mismo sintetiza). Sobre esta cuestión se volverá a continuación.

⁷⁸⁷ En este sentido se critica que la relectura de estos delitos como delitos de peligro concreto no cumple su verdadera función si no se asigna un resultado con un sustrato material suficientemente circunscribible dentro de unas coordenadas espacio-temporales (así, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, *op. cit.*, p. 247); de forma que «l'accertamento di una concreta esposizione a pericolo diventa molto più incerta, sfuggente, se non aleatoria, in tutti i casi nei quali il bene giuridico di riferimento ha una connotazione prettamente normativo-ideale come la dignità

apología o la instigación al delito⁷⁸⁸. En delitos como la apología, al final el juicio de peligro en concreto termina en «valutazioni socio-politiche che non devono e non possono essere proprie del momento giudiziale e dei suoi strumenti conoscitivi»⁷⁸⁹; de manera que este delito como tipo autónomo «si vede stretta nell'alternativa tra una, forse più determinata, presunzione di idoneità dell'istigazione in quanto tale, in conflitto, però, con i citati principi costituzionali, ed una, inevitabilmente arbitraria, ricostruzione concreta della pericolosità»⁷⁹⁰. Por lo que, en definitiva, tratar de someter los delitos de opinión a este juicio de peligro concreto «lungi dal garantire un contenuto offensivo alla fattispecie si trasforma in un elemento foriero di interpretazioni giudiziarie arbitrarie»⁷⁹¹, ya que «[l]e difficoltà di accertamento qui evidenzate si traducono, sul piano della determinatezza della fattispecie, nella incapacità del requisito della idoneità e del pericolo concreto a circoscrivere il fatto punibili in termini sufficientemente certi»⁷⁹². De forma que «il giudice è chiamato a svolgere le funzioni di storico»,

umanana o la prospettiva “inclusiva” delle democrazia» (*ibidem*, p. 247). Por su parte, DE VERO destaca que, aunque «il pericolo astratto non sia più oggetto di indiscriminata ripulsa, ma venga accolto tra i modelli di tutela legittimamente raccomandabili, alla doppia condizione che il ricorso a tale tecnica sia imposto dalla natura dell'offesa dell' interesse protetto e che il legislatore sappia tradurre sul terreno della tipicità una situazione di ordinaria pericolosità del comportamento incriminato empiricamente fondata e verificabile. Per converso, il modello di pericolo concreto non è più visto con favore incondizionato [...] le più mature posizione dottrinali denunciano il rischio che la tipicizzazione del pericolo possa talora costituire un deteriore escamotage, con cui il legislatore si sottrae ad eventuali difficoltà di dimensionamento del profilo offensivo di fatti (assunti come) meritevoli di pena e devolve al giudice un accertamento “concreto” destituito in partenza di criteri seri ed attendibili» (*Tutela penale dell'ordine pubblico, op. cit.*, p. 161).

⁷⁸⁸ Cuando se trata de delitos de instigación y apología «il quadro si complica, poiché l'oggetto dell'analisi non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l'intera realtà socio-politica. Si abbandona perciò il terreno della causalità materiale e si approda su quello della causalità psicologica. Sicché per l'accertamento del pericolo le migliori scienze ed esperienze non sono più quelle esatte, ma le discipline sociali, quali la storia, la psicologia, la sociologia, la scienza dell'organizzazione» (M. CESARE, «Sull'apologia e i reati...», *op. cit.*, p. 1717). En general sobre la transformación de estas figuras en delitos de peligro concreto, *vid.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 194 y ss.

⁷⁸⁹ G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 262.

⁷⁹⁰ *Íbidem*. En este sentido, sobre el delito de apología del fascismo PERDUCA reconoce que «il nesso di idoneità –tra gesto apologetico ed evento riorganizzativo trova conferma o smentita) in affermazioni fondate più nell'intuizione che sul ragionamento storico-probabilistico, si da condurre opposte per fatti non dissimili) («Disposizioni penali sul fascismo». *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 4).

⁷⁹¹ M. PELISSERO, *Reato político e flessibilità...*, *op. cit.*, p. 341.

⁷⁹² *Íbidem*, p. 342. En sentido similar se expresa ALESIANI, quien advierte también «l'incapacità della idoneità, ossia del pericolo concreto, a fungere da garante della determinatezza del fatto tipico, in modo particolare per i reati di opinione, nei cui confronti non sono affatto certi i parametri in forza dei quali l'idoneità debba essere accertata: rapporto di contiguità temporale tra istigazione e fatto istigato; realizzazione dell'evento temuto o mera determinazione della altrui volontà a

haciéndose posible el riesgo de que «i giudici muovano da ipotesi precostituite, anziché dai fatti, in un difficile rapporto tra verità storica e verità legale, e tra responsabilità politica e responsabilità penale»⁷⁹³. Además, por otro lado, para evitar caer en tales valoraciones socio-políticas puede ocurrir, como se ha visto en alguna de las sentencias de la Cassazione, que el juez reduzca el enjuiciamiento a verificar la peligrosidad como genérica potencialidad lesiva de la acción⁷⁹⁴.

Al final, debe tenerse en cuenta que la mayoría de estos problemas derivan, como se ha venido sosteniendo, del carácter difuso del resultado ofensivo que se quiere evitar, el cual a su vez deriva, precisamente, de la naturaleza difícilmente aprehensible del bien jurídico: «il bene protetto –ordine pubblico- è di natura immateriale e astratta, onde il danno al riguardo non può accertarsi col metro della concretezza e della materialità»⁷⁹⁵. En un intento de superación de estas problemáticas advierte DE VERO que, si se asume que los delitos de apología e instigación tienen como bien jurídico el orden público (como «peligro de delitos»), se deberán articular unos delitos con una estructura compatible tanto con la libertad de expresión y con las reglas de la teoría general del delito, lo que lleva a exigir que los mismos se proyecten sobre «una situazione di pericolo «diffuso» di perpetrazione dei reati istigati, che non può risolversi nel mero «clima criminogeno», ma che non deve neanche postulare l'accertamento delle concrete chances di attuazione di un determinato iter criminis»⁷⁹⁶. Pero ni siquiera esta propuesta resulta satisfactoria y el propio DE VERO en perspectiva de *lege ferenda* considera que, «ricostruita nell'ottica del «pericolo di reati», l'istigazione a

prescindere dalla possibile attuazione di fatti specifici, e così via» (*I reati di opinione una rilettura...*, op. cit., p. 203).

⁷⁹³ M. PELISSERO, *Reato político e flessibilità...*, op. cit., p. 342.

⁷⁹⁴ En este sentido PELISSERO advierte este riesgo: «la conversione di tali fattispecie da reati a pericolo astratto a reati a pericolo concreto è avvenuta attraverso la rielaborazione della struttura oggettiva della condotta: non si richiede un evento pericoloso, ma la pericolosità investe direttamente le condotte apologetiche, istigative, vilipendiose o di propaganda, che devono essere in sé pericolose. E poiché il pericolo indica sempre una relazione tra un oggetto (in questo caso la condotta) ed un secondo termine di riferimento che si pone in rapporto prognostico rispetto al primo, è significativa la differente modulazione del risultato lesivo che costituisce il dato di riferimento per la prognosi di pericolosità» -cursivas mías- (*Reato político e flessibilità...*, op. cit., p. 129). En el mismo sentido, vid. L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, op. cit., p. 197.

⁷⁹⁵ G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l')», op. cit., p. 153.

⁷⁹⁶ G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», op. cit., p. 295. En este punto pueden también tenerse en cuenta las palabras de SCHIAFFO, quien al reconocer que el objeto jurídico de estos delitos es el orden público material, advierte que «il giudizio relativo all'efficacia causale della condotta non può, dunque, essere limitato all'accertamento, secondo i criteri della prognosi postuma, della idoneità a provocare altri alla realizzazione di fatti illeciti (delitti, contravvenzioni e violazioni delle leggi di ordine pubblico), ma, posta tale idoneità, deve coinvolgere anche l'offensività rispetto alle condizioni oggettive per la sicurezza delle persone, della proprietà e della libertà individuale (*Istigazione e ordine pubblico*, op. cit., p. 265).

delinquere si configura in definitiva come una forma di anticipazione di tutela dei medesimi beni oggetto dei reati istigati»⁷⁹⁷; algo que nos llevará a cuestionar el bien jurídico de esta figura (y en general de estos delitos contra el orden público). O, en otras palabras, «per non risolversi nella pura repressione del dissenso ideologico (sia pure riferito ad ipotesi delittuose), la legittimità e l'opportunità dei reati di istigazione e di apologia debe depender dalla loro connessione con i reati che ne costituiscono l'oggetto»⁷⁹⁸. Otra lectura también interesante es la ofrecida por MERLI, quien, para superar la problemática interpretación de estos delitos como figuras de peligro concreto, propugna la posibilidad de entender el peligro como un «resultado» en sentido naturalista⁷⁹⁹. Esta propuesta logra delimitar con mayor precisión aquello que debe ser verificado por el juez para apreciar la comisión del delito, es decir, que se haya producido un resultado que genere un peligro concreto para que se dañe el bien jurídico; aunque sigue siendo difícil definir tal resultado frente a bienes jurídicos tan difícilmente aprehensibles.

Así las cosas, y para concluir, parece difícil poder articular una lectura constitucionalizada de delitos de opinión que se fundamentan sobre la base un bien jurídico tan difícilmente aprehensible y con un contenido tan marcado en sentido ideológico como es el orden público. A partir de ahí, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, aunque puedan llegar a admitirse delitos de peligro abstracto, esta opción no puede asumirse constitucionalmente para aquellas conductas que incriminan el ejercicio de la libertad de expresión⁸⁰⁰; ámbitos en los que se «crea il rischio –data la natura stessa di questi delitti- che la repressione penale si risolva in una aggressione inammissibile al sistema delle libertà ideologico-politiche costituzionalmente garantite»⁸⁰¹. En estos casos, de acudir a la fórmula del peligro abstracto, «il legislatore stesso potrebbe –volente o nolente- operare una selezione che finisce inevitabilmente con lo sfociare in una valutazione differenziata dei contenuti in sé del pensiero; ma così si violerebbero, appunto, i “teorici” doveri costituzionali di “astinenza epistemica” e “neutralità valutativa”»⁸⁰². Pero, como se ha visto, tampoco parece convencer la opción por el peligro concreto, donde al final esa discrecionalidad valorativa termina cayendo

⁷⁹⁷ G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 298. *Cfr.* también las propuestas de reconstrucción de estos delitos que realiza este autor en *Tutela penale dell'ordine pubblico, op. cit., in toto*.

⁷⁹⁸ T. PADOVANI, «Bene giuridico e delitti politici», *op. cit.*, p. 39.

⁷⁹⁹ L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

⁸⁰⁰ Por todos, *cfr.* las referencias de S. CANESTRARI, «Reato di pericolo», *op. cit.*, p. 8.

⁸⁰¹ G. FIANDACA, «Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di política criminale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1982, p. 79.

⁸⁰² C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico, op. cit.*, p. 247.

sobre el juez⁸⁰³, de forma que, a pesar de estos intentos de reconstrucción, por éstas y otras razones, importante doctrina sigue manteniendo la inconstitucionalidad de muchos de los delitos de opinión hoy día vigentes en el ordenamiento italiano⁸⁰⁴. Es por ello que en buena medida comparto con DE VERO que los inconvenientes que presentan los delitos de instigación en sus distintas modalidades cuando toman como base el «orden público» no son superables ni siquiera a través de la transformación de los tipos en delitos de peligro concreto, por lo que el legislador debería optar por «la rinuncia all'attuale modelo monolitico, in favore di un prudente ricorso selettivo all'incriminazione quante volte la pubblica istigazione sia rivolta a far commettere reati lesivi di beni giuridici di particolare pregio»⁸⁰⁵.

2.2. Los delitos de opinión en la legislación anti-fascista, contra el genocidio y anti-racista

El contexto inmediato de la incriminación de las conductas negacionistas viene dado fundamentalmente por la legislación contra el discurso del odio, pero también se pone en relación con la legislación antifascista y contra el genocidio. Tanto es así que estas legislaciones mantienen una fundamentación común sobre la base de la la XII Disposizione transitoria e finale e incluso no es extraño encontrarse situaciones de concurso entre los delitos de estas disciplinas⁸⁰⁶. De tal suerte, antes de abordar la posible incriminación de las conductas negacionistas, parece necesario afrontar entonces el estado de la cuestión en el debate constitucional sobre tales delitos. Ello tiene más relevancia si cabe en el caso italiano porque, al no existir un delito que castigue específicamente

⁸⁰³ La inserción del peligro concreto en un tipo penal puede relevarse una fuga del legislador de su responsabilidad (G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 163). O este autor en «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 299, afirma que «rischia di dissimulare una «pilatesca» deresponsabilizzazione del legislatore».

⁸⁰⁴ Sirvan estas palabras de P. CARETTI como síntesis: «Nonostante queste interpretazioni adeguatrici, le varie ipotesi di istigazione e apologia mantengono il loro carattere strutturalmente antagonista ad un pieno riconoscimento del diritto alla libera manifestazione del pensiero [...], che il tentativo di circoscriverne la portata attenua ma non elimina, trasferendo sul giudice il compito di specificarne di volta in volta la portata, sulla base in ogni caso di criteri estremamente generici» («Manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, p. 117).

⁸⁰⁵ G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 298.

⁸⁰⁶ Valga como ejemplo las sentencias Sent. Cass., I, 16/06/1999, n. 7812 y la Sent. Cass., I, 29/10/1993, n. 3791, en la que concurren los delitos de reorganización del partido fascista y de actividad de propaganda racista. O, entre el delito de apología del genocidio y el de apología fascista, en la sentencia Sent. de la Ass. Milano, 14/11/2001.

las conductas negacionistas, la sanción de este tipo de discurso deberá reconducirse básicamente a alguna de estas formas delictivas.

2.2.1. Delitos de opinión en la legislación contra el fascismo: una «excepción» que hace regla

La Constitución italiana contiene, como única excepción –o al menos una matización– a su carácter puramente abierto, la **proscripción del fascismo** contenida en la XII Disposizione transitoria e finale⁸⁰⁷. Tal disposición se trató de una imposición prescrita en los acuerdos estipulados al fin de la II Guerra Mundial⁸⁰⁸ y buscaba excluir totalmente del juego político al fascismo⁸⁰⁹. No obstante lo cual, se articuló como un límite a la libertad de asociación⁸¹⁰ y no tanto a la libertad de expresión⁸¹¹, aunque ello no ha sido óbice para que el legislador en desarrollo de tal disposición recogiera también normas que suponen un límite a ésta.

Es el caso de los delitos de instigación a la reorganización del partido fascista⁸¹² y los de apología⁸¹³ y manifestaciones fascistas⁸¹⁴ fijados por la «legge

⁸⁰⁷ Que según se ha visto anteriormente, esta disposición prescribe: «È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista»; a lo que luego añade un segundo párrafo por el que declara que por ley se determinará por un limitaciones temporales del derecho al voto y la inelegibilidad de los responsables del régimen fascista.

⁸⁰⁸ En concreto, de la Convenzione di armistizio, 29/09/1943, y del Tratado de Paz con las Potencias Aliadas, firmado el 10/02/1947 y ratificado con l. n. 811 del 1947.

⁸⁰⁹ En general sobre las sanciones contra el fascismo, *vid.* A. MANNA, «Fascismo (sanzioni contro)», *Digesto delle Discipline Penali*, 4ª ed., vol. V, UTET, Roma, 2005, pp. 137-151; P. BARILE, «Sanzioni contro il Fascismo ed il neofascismo», *Digesto Italiano*, vol. XVI, Editrice Torinese, Turín, 1982, pp. 541-564; S. VINCIGUERRA, «Fascismo: sanzioni contro il fascismo», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milán, 1967, pp. 902-925; A. PERDUCA, «Disposizioni penali sul fascismo», *op. cit.*, pp. 1 y ss; y N. RONZITTI, «Genocidio», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 573-587; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

⁸¹⁰ Así, señala MANNA que la Constitución italiana en orden a los límites a la libertad asociativa asume la precisa opción «in base alla quale l'ideologia fascista è l'unico disvalore politico in contrasto con i valori che hanno dato luogo alla Costituzione repubblicana» («Fascismo (sanzioni contro)», *op. cit.*, p. 138).

⁸¹¹ A este respecto, *vid.* lo ya dicho en nota n. 682 en este Cap. En particular, F. MANTOVANI, «Libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa», *op. cit.*, p. 8, reconoce que la Disposición se dirige a la prohibición de reorganización del partido fascista pero no a las manifestaciones de ideas fascistas. BARILE, sin embargo, considera que la Disp. XII «intende chiaramente vietare non solo gli atti conclusivi di ricostituzione del partito fascista, ma anche tutti i comportamenti idonei a porne le premesse, attraverso l'instaurazione di un clima favorevole» (*Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 109; en el mismo sentido en «Sanzioni contro il Fascismo ed il neofascismo», *op. cit.*, p. 563).

⁸¹² Se trata del único delito que sobrevive en vigor de la l. n. 1546 del 1947, que en su art. 6 establecía: «Chiunque, per mezzo della stampa o in altro modo, pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli precedenti [reato di reconstruzione del disciolto partito

Scelba» (l. n. 645 del 20/06/1952). A pesar de la formulación de tales delitos (especialmente de los de manifestaciones fascistas y apología) como tipos de peligro presunto que sancionaban la mera acción de difusión, propaganda o exaltación de ciertos contenidos fascistas (ya fueran personas, principios, símbolos, etc.), la Corte Costituzionale, como ya se ha adelantado⁸¹⁵, ha hecho una interpretación restrictiva de los mismos y ha advertido que la XII Disp. Trans. Fin. no ofrece fundamento para reconocer en la ideología fascista un límite de contenido para la libertad de expresión, de forma que tales tipos de discursos sólo podrán ser sancionados en tanto en cuanto se concreten en actos que pudieran reconducir a la reorganización del partido fascista, suponiendo una instigación al menos indirecta a estos efectos y un peligro concreto para ello: «l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. *Ciò significa che deve essere considerata non già in sè e per sè, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla XII disposizione [...]* una

fascista –art. 1-], è punito con la reclusione da uno a otto anni» (la vigencia viene confirmada por la l. n. 645 del 1952 –art. 10-). Se exige, por tanto, el carácter público (la instigación privada queda dentro del ámbito del art. 115 C.p. it.) y además, como se verá, tendrá que resultar idónea a reconstruir el partido fascista.

⁸¹³ Por este delito se sancionaba a «*Chiunque, fuori del caso preveduto dall'art. 1, pubblicamente esalta esponenti, principii, fatti o metodi del fascismo oppure le finalità antidemocratiche proprie del partito fascista è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a lire 500.000*» (art. 4) -. La l. n. 152, del 22 maggio 1975 (legge Reale) modificaba en su art. 10 este precepto, añadiendo a la apología la conducta de propaganda («*Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguate le finalità indicate nell'articolo 1*»). También era modificado el tenor de la conducta de apología para incluir la sanción a aquellos que «*pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche*», y añadía como novedad «*ovvero idee o metodi razzisti*». Las penas pasaban a ser de seis meses a dos años de prisión y multa de entre 200.000 y 500.000 liras. Estos delitos podían además comportar una agravación de la pena en caso de ser cometidos por medio de prensa y la condena podía comportar privación de los derechos para desempeñar cargo público (art. 28 Cp. it.). El D.L. 26 aprile 1993, n. 122 convert. con modif., dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, en su art. 4 cambió la pena para el caso de que se trate de apología de ideas o métodos racistas, en cuyo caso será de prisión de uno a tres años y multa de uno a dos millones.

⁸¹⁴ «*Chiunque con parole, gesti o in qualunque altro modo compie pubblicamente manifestazioni usuali al disciolto partito fascista è punito con l'arresto fino a tre anni o con l'ammenda fino a lire cinquantamila*» (art. 5). También vino modificado por la l. n. 152, del 22 maggio 1975: «*Chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compia manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da duecentomila a cinquecentomila lire*», y añadía, como en el caso anterior, la posibilidad de privar de los derechos para el desempeño de cargo público (art. 11).

⁸¹⁵ Vid. *supra* epígrafe 3.2.3 en este Cap.

istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a *tal fine idoneo ed efficiente*» -cursivas más-⁸¹⁶.

Por su parte, un sector doctrinal no ha dejado de denunciar que el legislador con la «legge Scelba» habría ido «*ultra petita*» introduciendo estos delitos de opinión en contradicción con el art. 21 Cost. it.⁸¹⁷. En este sentido, no conformes con la interpretación realizada por la Corte Costituzionale, se critica la relectura de estos delitos conforme al paradigma del peligro concreto el cual, como se señaló previamente con carácter general, no parece practicable en relación a conductas con bienes jurídicos etéreos como es el «orden constitucional»⁸¹⁸ -que en principio sería el bien jurídico a la base de los delitos contra el fascismo-⁸¹⁹, y, además, se pone de manifiesto que la Corte tampoco habría definido con precisión los términos del juicio de peligrosidad (más allá del carácter concreto del mismo)⁸²⁰. En este último punto, a la luz de las sentencias de la Corte Costituzionale no queda clara la mayor o menor inmediatez ni el grado de probabilidad (o de seriedad) del

⁸¹⁶ Sent. Cort. Cost. 1/1957. *Vid.* también la Sent. Cort. Cost. 74/1958, para el tipo de manifestaciones fascistas, en la que la Corte reconoció que «era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo il caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sè sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi»; lo que permitía ir más alla de los actos «veri e propri di riorganizzazione strettamente intesi, comprendendovi anche quelli idonei a creare un effettivo pericolo», de forma que resultaba legítima la sanción de «manifestazione fasciste», «quelle manifestazione usuali del disciolto partito, che come si è detto prima, possono determinare il pericolo che si è voluto evitare», en tanto que se dieran «nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali, da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste». Y la Sent. Cort. Cost. 15/1973, también referida a la prohibición de manifestaciones fascistas, en la que la Corte afirmó que la «fattispecie contravvenzionale [...], intende vietare e punire unicamente quelle manifestazioni che, in relazione alle circostanze di tempo, di luogo e ambiente in cui si svolgono e per le loro obiettive caratteristiche, siano comunque idonee a far sorgere la situazione di pericolo di ricostruzione del partito».

⁸¹⁷ Así, *vid.* A. MANNA, «Fascismo (sanzioni contro)», *op. cit.*, p. 140.

⁸¹⁸ Valgan a este respecto las palabras de FRONZA: «L'accertamento della concreta messa in pericolo diviene più difficile di fonte a questi reati in cui la situazione pericolosa non è apprezzabile sul piano delle scienze esatte. L'oggetto dell'analisi, nei reati contro l'ordine pubblico, diviene la realtà socio-politica, con la conseguenza che si verifica l'abbandono del terreno della causalità materiale per finire in quello della causalità psicologica. Le migliori scienze per l'accertamento del pericolo saranno non più quelle esatte, ma le scienze sociali, la psicologia, le scienze dell'organizzazione» («Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, sin paginar). *Vid. supra* epígrafe 2.1 en este Cap.

⁸¹⁹ Sobre el bien jurídico en estos delitos, *vid.* A. MANNA, «Fascismo (sanzioni contro)», *op. cit.*, pp. 141 y ss.

⁸²⁰ Con carácter general sobre el juicio de peligrosidad, *vid. supra* epígrafe 2.1.3 en este Cap.

peligro que son exigibles⁸²¹. Además, la idoneidad de las conductas delictivas parece ir referida a la «reconstrucción del partido fascista», es decir, no se trata tanto de que se dé un peligro directo para el orden público (o el orden constitucional), como un peligro indirecto derivado de que con tales discursos apologetas o incluso con la mera realización de manifestaciones fascistas se pueda, según las circunstancias de tiempo y lugar, crear un clima o una situación proclive a que volviera a cuajar el fascismo (o a permitir la reorganización de éste)⁸²². Nos encontramos, en cualquier caso, con unos tipos penales francamente difíciles de cohonstar con el reconocimiento de la libertad de expresión, los cuales reproducen las dificultades propias de la instigación y de apología del art. 414 Cp. it., con el que comparten el inaprehensible bien jurídico del «orden constitucional». Tampoco vale para justificar estos delitos invocar su exclusión de plano de protección constitucional por el contenido fascista de las expresiones, como delitos «sin ofensa»⁸²³, visto que la propia Corte Costituzionale ha reconocido que esta

⁸²¹ Prueba de ello es que, como afirma A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 278, la idoneidad lesiva exigida para estos delitos por la Corte Costituzionale ha seguido los criterios tradicionales de la propia jurisprudencia, «giocando costantemente con una nozione di pericolo non immediato, ma probabile, a volte difficilissimo da intravedere, e comunque affidato alla prudente indagine del giudice di merito».

⁸²² A este respecto señala A. MANNA, «Fascismo (sanzioni contro)», *op. cit.*, p. 145, para el delito de instigación a la reorganización del partido fascista, que este delito ha de configurarse en forma que se exija al menos una cierta capacidad ofensiva directamente al bien jurídico «orden constitucional», aunque sea menor de la que caracteriza al delito asociativo base. Para el caso de los delitos de apología y manifestaciones fascistas rechaza que se puedan formular a través un juicio de peligro concreto por su propia estructura pero tampoco de un juicio de peligrosidad abstracta que sería incompatible con la libertad de manifestación del pensamiento (*ibidem*, pp. 146-147). S. VINCIGUERRA, «Fascismo: sanzioni contro il fascismo», *op. cit.*, p. 922, con respecto a los delitos de apología y de manifestaciones fascistas, advierte que será necesario tanto una idoneidad para provocar la reorganización del partido fascista como el hecho de estar dirigidas hacia el presente (por más que los gestos realizados o ensalzados sean referidos a las formas fascistas pasadas). *Vid.* también A. PERDUCA, «Disposizioni penali sul fascismo», *op. cit.*, p. 4 y ss.

En otro extremo se sitúa P. BARILE, que considera que lo único que es exigible es un «minimo pericolo per le sue istituzioni democratiche» («Sanzioni contro il Fascismo ed il neofascismo», *op. cit.*, p. 564). Aún más, este autor llega a criticar duramente la jurisprudencia constitucional por exigir un resultado de peligro extraño al tipo característico de la ley especial, «praticamente ha svuotato la legge delle norme contro l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste, rendendola di impossibile applicazione pratica, e quindi restituendo ai singoli, in netto contrasto con lo spirito e la lettera della costituzione [...] la garanzia costituzionale della libertà di propaganda fascista» (*Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 108).

⁸²³ En A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 277 se recoge como un sector de la doctrina penalista ha considerado que «le figure di apologia e di manifestazioni fasciste o razziste sono reati «senza offesa», puniti in quanto fatti rivelatori di tendenze comportamentali e ideologiche che dovrebbero più opportunamente essere soggette a misure di prevenzione o a sanzioni amministrative. In tal senso la violazione dell'art. 25 Cost. viene ritenuta vizio preliminare e assorbente rispetto alla attuazione della XII disp. trans. fin.».

disposición no opera directamente como límite ideológico frente a la libertad de manifestación del pensamiento⁸²⁴.

2.2.2. La sanción de la apología del genocidio

Italia ha suscrito el Convenio para la **prevención y la represión del delito de genocidio** de 9 de diciembre de 1948, el cual, como se vio el Capítulo 3, impone la sanción de la conducta de instigación directa y pública al genocidio⁸²⁵. Sin embargo, en su trasposición el legislador italiano con la l. n. 962 del 9 ottobre 1967 ha superado las obligaciones marcadas por éste y en los arts. 7 y 8 ha previsto tanto la sanción del acuerdo para cometer genocidio –como derogación singular al art. 115 Cp. it.- como los delitos de instigación pública y de apología del genocidio⁸²⁶. El delito de instigación también podría presentar dudas de constitucionalidad por las dificultades que pueden observarse a la hora de

⁸²⁴ No parece estar de acuerdo BARILE que considera que estas normas penales, aunque delicadas, en el hecho de referirse a expresiones que tocan un elemento contrastante con el Estado democrático italiano como es el fascismo, encuentran «non solo la *ratio* di queste norme ma la loro piena legittimità» («Sanzioni contro il Fascismo ed il neofascismo», *op. cit.* p. 564). FOIS, por ejemplo, lo plantea también como un límite excepcional a la libertad de manifestación del pensamiento (*Principi costituzionali...*, *op. cit.*, p. 235). También *cfr.* A. PIZZORUSSO, «Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principio costituzionali», en *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Milán, 2003, pp. 656 y ss. y A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe», *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 524 y ss., quienes plantean la posibilidad de que las manifestaciones fascistas, pero también las racistas, puedan ser entendidas como un límite interno a la libertad de expresión por el propio contenido derivado de la XII dipos.

⁸²⁵ Para una revisión de los delitos derivados de la normativa contra el genocidio, *cfr.* G. GRASSO, «Genocidio», *Digesto delle Discipline Penali*, 4ª ed., vol. V, UTET, 2005, Roma, pp. 399-410 y S. CANESTRARI, «Genocidio», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.

⁸²⁶ Ambos delitos se recogen en el artículo 8 con el siguiente tenor:

«Pubblica istigazione e apologia.

Chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, e' punito, per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni.

La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l'apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente.».

Indica S. CANESTRARI, «Genocidio», *op. cit.*, p. 4 que, según alguna doctrina, «[a]ppare pertinente la segnalazione di una lacuna nella tutela penale occorre osservare, infatti, che l' "incitamento diretto e pubblico a commettere un genocidio" è stato recepito dalla legislazione italiana soltanto sotto la specie dell'istigazione –cioè di un atto diretto a far leva sull'altrui volontà- e sotto la specie dell'apologia; non invece sotto quella della propaganda che, esplicandosi più propriamente sul piano intellettuale, non è tipo di incitamento al genocidio meno insidioso dell'istigazione (la quale, di frequente, opera come stimolo "stemporaneo")». Ahora bien, el Convenio no exige la incriminación de la propaganda del genocidio, por lo que no creo al menos en lo que se refiere a los vínculos internacionales tal laguna no es tal, como señala G. GRASSO, «Genocidio», *op. cit.*, p. 408.

formular un juicio de peligrosidad concreta para un fenómeno complejo como es el genocidio⁸²⁷; aunque, como se ha visto, la Corte Costituzionale ha admitido la sanción de conductas de instigación en salvaguarda del orden público. Estas objeciones se verían reforzadas para el caso de conductas apologéticas por más que este delito fuera interpretado siguiendo las pautas dadas igualmente por la Corte Costituzionale como forma de instigación indirecta⁸²⁸. Pero lo que sí que resulta radicalmente incompatible con la tutela garantizada constitucionalmente a la libertad de expresión, sería su lectura como delito de peligro abstracto y de mera conducta que ha mantenido de este precepto la Corte di Cassazione⁸²⁹, a pesar de la jurisprudencia constitucional⁸³⁰. Merece una cita *in extenso* la posición de la Cassazione:

«Istigare direttamente o indirettamente, eccitare attraverso l'apologia al genocidio sarebbe, nella maggior parte dei casi, *un reato impossibile se si pretendesse un qualche risultato pratico, un pericolo in qualche modo concretabile di provocazione del genocidio stesso*». / «È inutile ruolare intorno al concetto di pericolo per dosarne la configurabilità con riferimento a presunzioni generiche, a possibili attuazioni di violenze razziali, all'incombente suscetibilità di manifestazioni di intolleranza. *L'oggetto dell'istigazione o dell'apologie previsto [...] non è la violenza nelle sue diverse forme, non è l'intolleranza razziale, non è nemmeno il pericolo di fatti di sangue anche gravi, ma è il genocidio, cioè lo sterminio d'una etnia*» / «*Diversamente interpretata la norma del citato art. 8 parrebbe configurare un reato impossibile o possibile soltanto in particolari contingenze sottrico-politiche e da parte di soggetti divenuti, per pari contingenze storico-politiche, a ciò efficientemente qualificati.*» / «[...] *è un reato di pura condotta, che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civile ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai naziste e dal calvario ancora tragicamente attuale di talune popolazioni africane ed asiatiche.*» / «*La idoneità*

⁸²⁷ Da prueba del transfondo político de este género de delitos que para salir al paso de una jurisprudencia que se había opuesto a extraditar a criminales nazis (en particular, *cf.* Sent. Cass. Pen., Sez. III, 5/04/1961 y Sent. Appello Bologna, Sezione Istruttoria, II gennaio 1963) Italia necesitara una ley constitucional (legge costituzionale n. 1 del 21 giugno 1967) para que no se pudiera considerar como un delito político para denegar la extradición por delitos de genocidio. *Cfr.* A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 288 y S. CANESTRARI, «Genocidio», *op. cit.*, p. 3.

⁸²⁸ La Corte Costituzionale no se ha pronunciado en concreto sobre el delito de apología del genocidio, pero parece que al mismo debieran serle aplicables las conclusiones a las que ha llegado para la apología del 414 Cp. it. y para la apología del fascismo, así como para otros delitos similares.

⁸²⁹ Sent. Cass., sez. I, 29/03/1985, n. 507.

⁸³⁰ Con un comentario muy crítico a esta sentencia en su contraste con la jurisprudencia constitucional, *vid.* G. GRASSO, «Genocidio», *op. cit.*, pp. 407 y ss.

della condotta ad integrare gli estremi del reato non è già quella a generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidiari, ma quella più strutturalmente semplice di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio: il richiamo ai campi di sterminio contenuto nel sia pur mal citato Mathausen (*rectius* Mautahausen), lo squallido umoristico dello slogan, «saponette, saponette», allusivo alla tecnica di distruzione delle spoglie carnali delle vittime, contenevano siffatta sinistra chiarezza» - *cursivas más* -.

Por tanto, la Cassazione presenta el delito de apología del genocidio como una figura de mera conducta, lo cual justifica en el siguiente orden de razones: considera que, de ser configurado como un delito de peligro concreto, terminaría siendo inaplicable (o sólo aplicable en unas circunstancias socio-políticas muy cualificadas), de forma que entonces, para dar una mayor aplicabilidad al tipo penal, sitúa el injusto no en el peligro de que se produzca un genocidio en Italia, sino en el propio contenido inhumano y odioso de las expresiones –de ahí definirlo como un delito de «mera conducta»-. No se molesta en justificar en ningún momento el posible conflicto con la libertad de expresión, sino que parece que el carácter intolerable de las expresiones las priva ya de cualquier protección.

Sobre esta sentencia, valgan aquí las críticas ya referidas al intento de leer los delitos de opinión en base a su peligrosidad abstracta o presunta⁸³¹. Creo que también se deba compartir la crítica realizada por E. FRONZA ante la introducción en esta sentencia de consideraciones morales (como «intollerabile disumanità») en el terreno de la argumentación jurídica⁸³². Al configurarlo como un delito de mera conducta la Cassazione se veía en la necesidad de justificar el injusto de la misma sobre la base del despreciable contenido del discurso. Es reseñable cómo ha salido al paso de esta jurisprudencia la Corte di appello de Milán que, en su sentencia de 14 de noviembre de 2001⁸³³, ante un posible delito de apología del genocidio y del fascismo por la publicación de ciertas expresiones como «Hitler è stata la persona più intelligente del mondo... Ma i tedeschi, che pure sono essere superiori, hanno sbagliato. Gli ebrei dovevano friggerli tutti», consideró que la única interpretación posible del objeto de la apología es que «alla luce della garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, a tutti riconosciuta dall'art. 21 Cost., potranno integrare ipotesi di reato soltanto quelle espressioni del pensiero consistenti *in fatti riprovati dall'ordinamento che, in rapporto agli ambienti sui*

⁸³¹ *Vid. supra* epígrafe 2.1.3 en este Cap.

⁸³² E. FRONZA, «Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" ...», *op. cit.*, p. 312/1021. En sentido similar, *cfr.* G. GRASSO, «Genocidio», *op. cit.*, p. 408.

⁸³³ Sentencia de la Ass. de Milán, 14/11/2001, *Cassazione Penale* [osservazioni di Fronza: «Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia»], 2003, pp. 1006-1021 (312).

quali operano, presentino in concreto la rilevante possibilità di provocare, per la loro forza persuasiva, atti che lo Stato ha tutto il diritto di impedire» -cursivas más-.

Por último no puede dejar de recordarse que el art. 414 Cp. it., según la modificación introducida por la l. 31 julio 2005, n. 155, incluye un agravamiento de la pena del delito de instigación al delito y de la apología cuando vayan referidos a crímenes contra la humanidad⁸³⁴.

2.2.3. Delitos de opinión y legislación anti-racista: un modelo en expansión

A. Descripción de los concretos delitos de opinión en la legislación anti-racista a la luz de la jurisprudencia de Cassazione

Por último, se hace necesario entrar a considerar el cuerpo de la **legislación anti-racista** que también incorpora importantes delitos de opinión. El fundamento más inmediato de esta legislación es la tutela del principio de igualdad, en relación con la dignidad humana y la «pari dignità sociale» (art. 3 Cost. it). Además su base constitucional también se ve reforzada en la propia XII Disp. trans. fin., al vincularse las manifestaciones de racismo al ideario fascista⁸³⁵.

La norma de referencia en este ámbito es la l. n. 654 del 13 ottobre 1975⁸³⁶, con la cual se vino a ratificar el Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965⁸³⁷, y, en cumplimiento del mismo, no sólo se recogieron sanciones frente a quienes cometen actos de violencia racista (étnica, nacional o religiosa) o de discriminación, sino también a quien *difunde*

⁸³⁴ Vid. *supra* epígrafe 2.1.1 en este Cap.

⁸³⁵ P. BOGNETTI, «Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia», *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 1., 1994, p. 81, recuerda que la defensa de la raza era uno de los puntos cardinales del régimen fascista y, de hecho, como se ha visto la l. n. 152, del 22 maggio 1975 (legge Reale) en desarrollo de la XII Disp. trans. fin. incluía entre las sanciones al fascismo las ideas y métodos racistas. M. MANETTI señala en este sentido que «[a] partire dagli anni ottanta i giudici hanno inquadrato le finalità antirazziste nello spirito della Costituzione, hanno rivalutato la ratio della legge Scelba, e hanno ricondotto anche le leggi n. 654 del 1975 e n. 205 del 1993 sotto l'ombrello della XII disposizione transitoria finale, ritenendole autorizzate a derogare alla libertà di pensiero» («L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 114-115 y, en el mismo sentido, A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 288). Sobre el fascismo y la cuestión racial, vid. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

⁸³⁶ Posteriormente modificada por el D.L. 26 aprile 1993, n. 122 convert. con modif., dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa (c.d. legge Mancino) y por la l. n. 85, del 24 febbraio 2006, modifiché al codice penale in materia di reati di opinione.

⁸³⁷ *Cfr. supra* Cap. 3, epígrafe 1.1.2.

(según la dicción vigente [hacer] «propaganda») ideas de superioridad racial o de odio racial o étnico o a quien de cualquier modo *incita* («instiga») a la discriminación o *provoca* a la violencia por motivos racistas, étnicos, nacionales y religiosos⁸³⁸. Por tanto, como delitos de opinión, se pueden distinguir dos categorías de conductas según su forma ofensiva: la *propaganda de ideas de superioridad racial o de odio racial o étnico* y la *instigación a la discriminación o la provocación a la violencia por motivos racistas, étnicos, religiosos, etc.*⁸³⁹. Tipos

⁸³⁸ En concreto, el primer párrafo del art. 3 de la l. n. 654/1975 prescribía, en su formulación originaria: «*Salvo che il fatto costituisca piú grave reato, ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione é punito con la reclusione da uno a quattro anni:*

a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale;

b) chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale.».

Con la legge Mancino de 1993 las conductas quedaban redactadas de la siguiente forma: «*a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorita' o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;*

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.».

Asimismo, la legge Mancino en su art. 2 modifica la l. n. 152, del 22 mayo 1975 declarando aplicable esta normativa, según su artículo 18, a «*Chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila.* Esta figura típica la dejaré fuera de un análisis específico, aunque para la misma puedan ser de aplicación la mayoría de las conclusiones a las que se llegue con respecto al delito de difusión de ideas racistas.

Con la reforma de 2006 (l. n. 85, del 24 febrero 2006) las conductas de la letra a) pasan a ser sancionadas no como «difusión» sino como «propaganda» de ideas racistas o del odio racial o étnico, y en puesto de «incitación» se pasa a «instigación» a la comisión de actos discriminatorios (y a la comisión de los propios actos), las cuales tienen penas de prisión de hasta un año y seis meses o multa de hasta 6000 euros. En las conductas de la letra b se cambia igualmente la palabra «incitar» por «instigar», manteniendo las penas que había.

Como comentarios a esta legislación *cfr.*, entre otros, C. VISCONTI, «Il legislatore azzecagarbugli: le “modifiche in materia di reati di opinione” introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85», *Il Foro Italiano*, Anno CXXXI, Volume CXXIX, Parte IV, 2006, pp. 217-224; G. A. DE FRANCESCO, «Commento al Dl. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. della l. 25/6/1993 n° 205», *La Legislazione Penale*, n. 1, 1994, pp. 173-225; y M. STUCCILLI, «Discriminazione e odio razziale: vizi e virtù dell'apparato penale preventivo e processuale», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 159-166.

⁸³⁹ Dejo fuera de consideración, por tanto, el análisis de las conductas que suponen la realización de tales actos de discriminación o de violencia racial. En cualquier caso, llama la atención que se dé igual trato punitivo a la instigación que a la realización de los actos en sí (de discriminación o de

penales que, como ocurría con todos los anteriores analizados, también dejan abiertas importantes dudas interpretativas en sus diferentes elementos típicos, pero que, siendo fieles a su formulación legislativa, habría que entenderlos como figuras «a titolo di pericolo presunto»⁸⁴⁰ que pretenden dar tutela al etéreo orden público, en forma que contrastaría con la Constitución, tanto con el art. 21 como con los principios constitucionales que deben informar el orden penal –como son las exigencias derivadas de los principios de ofensividad y taxatividad penal⁸⁴¹-, volviéndose a resucitar el fantasma del delito de instigación al odio de clases (art. 415 Cp. it.)⁸⁴².

violencia), cuando la gravedad de la conducta última debiera ser mayor que la de la mera instigación a ésta.

He agrupado además las conductas de instigación a la discriminación y de provocación a la violencia racial porque considero que, en cuanto acción típica, la instigación y la provocación guardan una naturaleza común por su carácter (directamente) incitador, a diferencia de la mera difusión o de la propaganda de ideas.

⁸⁴⁰ A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 289.

⁸⁴¹ Como expresa E. FRONZA, en referencia a los delitos contra el orden público, y especialmente los delitos de opinión como los establecidos por la legislación anti-racista, se da un «cedimento sul piano delle garanzie, della tassatività e della concreta offensività. Un fatto carente di tassatività può portare con sé il rischio di penalizzare in realtà un modo di esternazione della personalità, garantito dall'art. 21 Cost. Il bene giuridico che si vuole tutelare con queste norme è un bene, abbiamo detto, sovraindividuale e non materiale; ma questo non significa che si possa sacrificare il principio di materialità, il quale richiede in ogni caso, attraverso elementi di struttura della tipicità (condotta, evento, causalità), di valorizzare gli aspetti materiali del reato, garantendo la finalità politico-criminali contenuta nel concetto liberale del bene giuridico e nell'idea di un diritto penale del fatto anziché dell'autore» («Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, sin página, apart. 5).

⁸⁴² Sobre los problemas de constitucionalidad que presentan los delitos de este género recordar aquí que, *cuanto menos*, se exige constitucionalmente respetar la lectura de compromiso dada por la Corte Costituzionale ante delitos de esta naturaleza (ya fueran instigatorios o apologéticos o propagandistas) como tipos de peligro concreto en los que se mantenía el orden público como objeto jurídico de tutela. Porque, como advierte E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, s. p., apartado 4, resulta imposible establecer *a priori* por el legislador unas conductas que sean capaces de sintetizar todos los elementos de juicio necesarios para justificar su peligrosidad en abstracto. Valgan en este sentido las palabras de P. BOGNETTI, quien se muestra conforme con que las manifestaciones de «istigazione all'odio» puedan ser sancionadas cuando terminen «con l'indurre ad una molteplicità di atti privati leciti, ma ostili nei confronti di una parte della popolazione (cittadina o straniera), tali da mettere *in serio e concreto pericolo* la pubblica tranquillità o che comunque celino l'istigazione alla commissione immediata di un preciso delitto o costituiscano la scintilla capace di scatenare immediatamente le altrui reazioni violente o criminose» -cursivas mías- («Prime note sulla tutela costituzionale...», *op. cit.* p. 80). Un juicio de peligrosidad que exigiría entonces, como indica E. FRONZA, profundizar «non tanto sui contenuti, ma sui modi con cui tale azione verbale può avvenire. Dovremo valutare di volta in volta la posizione di chi parla (se ricopre o meno una carica istituzionale), il luogo, lo strumento di comunicazione prescelto (espressione orale, scritta, diffusa tramite televisione), concentrando perciò l'attenzione non tanto sul cosa verrà detto ma sul come. Il tempo e il luogo dell'espressione, il modo conforme alle regole del gioco democratico saranno determinanti per valutare anche l'eventuale idoneità di comportamenti a creare discriminazione aberranti col pericolo che ne derivi odio, violenza e

Sin embargo, la Corte Costituzionale no ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre estos delitos. La que si que ha encontrado la oportunidad de aplicarlos en múltiples ocasiones, aunque con pronunciamientos algo dispares, ha sido la Cassazione, si bien su jurisprudencia en general no es que haya sido especialmente atenta a las prescripciones constitucionales -de hecho la Corte di Cassazione ha rechazado en varias ocasiones elevar dudas de constitucionalidad sobre tales delitos⁸⁴³-. Así las cosas, en algunas de sus decisiones la Cassazione ha interpretado estos delitos como figuras de peligro presunto o de mera conducta. Según alguna de sus decisiones, a juicio de este alto tribunal las expresiones racistas «non costituiscono certo mera enunciazione di libertà di pensiero, di opinione democraticamente espressa, ma evidente manifestazione d'intolleranza razziale, *professione di ideologia razzista in contrasto con i principi di uguaglianza e di democrazia*»⁸⁴⁴. Jurisprudencia que parece obviar los postulados de peligrosidad

persecuzione» («Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, sin página, apart. 5). En cualquier caso, reiterar que incluso este juicio de peligrosidad concreta resulta difícilmente compatible para los delitos de opinión en tanto que mantengan el orden público como objeto jurídico de referencia, como ya se expresó *supra* epígrafe 2.1. La constitucionalidad del delito de instigación a cometer delitos de discriminación o violencia racial trata de salvar algunos autores a través de este juicio de peligrosidad concreta; pero, la sanción del delito de mera difusión -o propaganda- «gravi perplessità di legittimità costituzionale suscita» (P. BOGNETTI, «Prime note sulla tutela costituzionale...», *op. cit.*, p. 80).

⁸⁴³ La Cassazione ha descartado directamente el conflicto con la libertad de expresión ante expresiones racistas, «in quanto la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista» (Sent. Cass., III, 07/05/2008, n. 37581).

⁸⁴⁴ Así, la Sent. Cass., sez. I, 29/10/1993, n. 3791, en un concurso de delitos de reorganización del partido fascista y propaganda racista, donde los define como delitos ofensivos por el propio contenido de las expresiones (de peligro abstracto porque en la propia difusión de tales doctrinas se entiende que está el peligro que se quiere evitar -la generación de odio-): «Ciò che si vuole impedire è che ideologie contenenti il germe della sopraffazione od enunciazioni filosofico-politico-sociali (quali il primato delle razze superiori, la purezza della razza) conducano a discriminazioni aberranti col pericolo che ne derivi odio, violenza, persecuzione». Y a este respecto considera que: «lo spirito razzista che emerge, con dimostrazione della voluta confusione tesa a propagandare il razzismo attraverso una falsa rappresentazione del fenomeno come problema dell'immigrazione...», «non costituiscono certo mera enunciazione di libertà di pensiero, di opinione democraticamente espressa, ma evidente manifestazione d'intolleranza razziale, *professione di ideologia razzista in contrasto con i principi di uguaglianza e di democrazia*, che chiaramente integra violazione del divieto sancito dalla L. n. 205/1993» -cursivas mías-. En sentido similar puede verse también, entre otras, la Sent. Cass., sez. I, 26/11/1997, en la que interpreta el delito de incitación a cometer violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos (art. 3.b l. 654 del 1975) como una figura de peligro abstracto: «A nulla, ovviamente, rileva che, nell'immediatezza del fatto, quell'incitamento e quella provocazione non siano stati raccolti dai presenti, non essendo il conseguimento di tali effetti richiesto dalla norma incriminatrice, che *si limita a prevedere un reato di pura condotta e di pericolo astratto*, e non essendo revocabili in dubbio, come ben evidenziato dalla corte territoriale, la carica provatoria e la potenzialità di un gesto simbolicamente violento compiuto alla presenza di una vasta ed eterogenea platea, almeno in parte rappresentativa di quelle

concreta exigidos por la Corte Costituzionale para este género de delitos, y en particular para el de instigación al odio entre clases⁸⁴⁵.

Una importante reorientación de la Corte di Cassazione parece encontrarse en su sentencia n. 13234, de 13 de diciembre de 2007, en la que reinterpreta en clave personalista los delitos de propaganda e instigación al odio y a la discriminación –art. 3, letra a-⁸⁴⁶; la cual puede servir ahora a los efectos de ir desgranando estos delitos, aunque conscientes de la inconsistencia que en muchas ocasiones demuestra la Cassazione. El primer elemento a destacar en esta reinterpretación personalista (aunque no el primero afrontado por la Corte) es que en esta sentencia se identifica el bien jurídico tutelado en la dignidad humana, alejándolo del orden público: «L'oggetto specifico della tutela penale in entrambi i reati non era e non è costituito dall'ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta, ma dalla tutela della dignità umana». Además, en un intento de circunscribir también este valor, añade «come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dal D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 2», el cual en desarrollo de la directiva 2000/43/CE sobre la igualdad de tratamiento entre personas con independencia de la raza y el

componenti del tessuto cittadino che l'agente indicava come postergate, nella tutela dei propri interessi, alla comunità ebraica» -cursivas mías-. Los hechos fueron unos actos racistas llevados a cabo durante un partido de fútbol, en concreto la publicación de una pancarta con «miliardi al ghetto e alle borgate?» y darle fuego a una estrella de david. *Cfr.* un comentario a esta sentencia en A. CERRI, «Libertà di manifestazione del pensiero...», *op. cit.*

⁸⁴⁵ *Cfr.* Sent. Cort. Cost. 108/1974 y el comentario realizado *supra* en epígrafe 2.1.1.

⁸⁴⁶ En esta sentencia la Cassazione anuló con reenvío una sentencia de la Corte de Apelación de Venecia (App. Venezia, 30.01.2007, X), que se había pronunciado a su vez sobre la sentencia del Tribunal de Verona (Trib. Verona, 02.12.2004, X), en la que se condenaba a varios dirigentes locales de la Lega Nord por haber difundido ideas fundadas en la superioridad o el odio racial o étnico e incitado a cometer actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, por una campaña política emprendida contra la presencia de campos nómadas gitanos en Verona (en particular se había difundido por la ciudad un manifiesto bajo el título «No ai campi nomadi. Firma anche tu per mandare via gli zingari»). En la apelación se confirmaba la condena por difusión de ideas racistas pero no se consideraba que concurrieran los requisitos del delito de incitación a cometer actos de discriminación. El reenvío de la Corte di Cassazione le imponía realizar una valoración comprensiva de todos los elementos probatorios e indicar las razones por las cuales, a pesar de la absolución del delito de instigación a cometer actos discriminatorios, podía haber responsabilidad por la propaganda de ideas fundadas en la superioridad o el odio racial, atendiendo al contenido del manifiesto en su relación con el resto de elemento contextuales. En el juicio de reenvío la Corte de Venecia (App. Venezia, 20.10.2008) volvía a confirmar la condena por propaganda racista a pesar de la absolución del delito de instigación. *Vid.* los comentarios a estas sentencias, C. VISCONTI, «Il reato di propaganda razzista: tra dignità umana e libertà di espressione», *Lezione svolta il 17 di gennaio 2009 nell'ambito del Dottorato di ricerca in diritto penale dell'Università di Messina* [accesible en línea]. Disponible en <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17636.pdf>. *Íd.*, *Aspetti penalistici del discorso pubblico, op. cit.*, pp. 141 ss. y L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, pp. 217 ss.). Esta andadura se cerraba con la sentencia Sent. Cass., sez. IV, 10/07/2009, n. 41819, que confirma la aplicación del delito de propaganda de la discriminación hecha por la Corte de Venecia.

origen étnico, define aquello que se entenderá por discriminación tanto directa⁸⁴⁷ como indirecta⁸⁴⁸, pero también «*anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo*». Se trata por tanto de una remisión que como ha sido señalado por la mejor doctrina más que concretar el significado del bien jurídico terminaría por ampliarlo notablemente⁸⁴⁹, pero, además, tampoco ayuda a delimitar aquello que materialmente podemos entender como dignidad humana en tanto que valor normativo, sino que se refiere directamente al tipo de conductas ofensivas lesivas del mismo. Por otro lado, como igualmente señala VISCONTI, llama la atención que, a diferencia de las instancias previas, la Cassazione se concentre sólo en la delimitación del bien jurídico y descarte realizar cualquier consideración acerca de su potencial conflicto con la libertad de expresión⁸⁵⁰.

En cuanto a las conductas típicas características de estos delitos la Corte también realiza consideraciones de interés. Por un lado, son importantes las matizaciones que realiza precisando el alcance de la modificación legislativa de 2006 con respecto a la «acción típica». Así las cosas, la Corte reconoce que según la formulación anterior a 2006 los delitos establecidos en la letra a) del art. 3 de la l. n. 654 del 1975, según su modificación de 1993, contemplaban dos conductas: por un lado, la «*difussione*», que podía ser definida como «*portare a conoscenza di terzi, mediante la divulgazione, idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale*»; y, por otro, «*incitare a commettere atti discriminatori o alterantivamente nel commettere atti discriminatori*» (recordemos que en la letra «b» habría una tercera conducta que sería la provocación a actos de violencia racial). Pues bien, advierte entonces que, con la reforma de 2006, mientras que la sustitución del verbo «*incita*» por el de «*instigar*» «*ha un valore meramente terminologico data la sostanziale equivalenza dei due termini*»; sin embargo, «*l'uso del verbo*

⁸⁴⁷ «*Discriminazione diretta, quando, per la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga*» (art. 2.1.a).

⁸⁴⁸ «*Discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione in particolare svantaggio rispetto ad altre persone*» (art. 2.1.b).

⁸⁴⁹ Así, C. VISCONTI, «*Il reato di propaganda razzista...*», op. cit., p. 195: «*Se dunque, l'intendimento della Cassazione era quello di conferire una base normativa meno generica al concetto di dignità umana allo scopo di incanalare entro coordinate più precise la selezione delle condotte offensive del bene giuridico, l'obbiettivo non può considerarsi raggiunto: anzi, il riferimento alla citata disposizione legislativa potrebbe finire per allargare indiscriminatamente il già ampio spettro valutativo a disposizione dell'interprete chiamato ad applicare la norma penale*» (en sentido similar, ÍD., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, op. cit., pp. 143 y ss). Esta posición es también compartida por L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, op. cit., p. 223.

⁸⁵⁰ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, op. cit., pp. 143.

“propaganda” in luogo di “diffonde” restringe la fattispecie originaria perché implica che la diffusione debba essere idonea a raccogliere consensi intorno all’idea divulgata. Propagandare un’idea significa divulgarla al fine di condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all’idea propagandata»⁸⁵¹. Esta interpretación restrictiva del concepto de propaganda podría llevar a cuestionarse, como hace SCAFFARDI, si se satisfacen ahora las exigencias punitivas derivadas del art. 1.1.b de la Decisión marco 2008/913/JAI, el cual exigía la sanción de la instigación pública a la violencia o al odio racial pero simplemente «*mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale*»⁸⁵². Por otro lado, es llamativo que la norma no prescribe el requisito de la publicidad para estas acciones y, al menos en hipótesis, no es descartable que se pudiera dar una acción de propaganda o de instigación privada o dirigida a una única persona, aunque en la lógica de la norma esté el carácter público tanto de la propaganda como de la instigación o la provocación.

Otro aspecto en el que se concentra la sentencia es la delimitación de las nociones de «racismo», «discriminación» y «odio» penalmente relevantes. En este punto creo que sería conveniente distinguir, de una parte, los elementos que configuran el daño que se quiere evitar, «odio» o «discriminación» frente a personas (si tenemos en cuenta también la letra b del art. 3 habría que incluir la «violencia»); de lo que, de otra parte, serían los elementos subjetivos (entre los que se incluye el racismo además de otros prejuicios fundados sobre la «diversidad» -étnica, religiosa, nacional-).

Los primeros elementos, como se ha dicho, constituyen la esencia del resultado material lesivo que se quiere evitar: actos de odio o de discriminación –o de violencia-, que resultarían lesivos de una persona y, de manera indirecta, del orden público. La Corte opta entonces por tratar de ofrecer unas nociones restringidas de estos conceptos que, como ella misma reconoce, se prestan a una pluralidad de significados: en cuanto a «la nozione di discriminazione, ai fini che

⁸⁵¹ También *cf.* Sent. Cass., III, 07/05/2008, n. 37581, donde la Cassazione advierte que la conducta de propaganda estaría incluida dentro de la más genérica difusión.

⁸⁵² L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 203. No obstante, tampoco queda claro que la normativa europea termine imponiendo la sanción de las conductas de mera difusión. Por ejemplo, P. LOBBA entiende que «un vaglio più approfondito consente di escludere che la sostituzione del lemma “diffonde” con quello “propaganda” abbia portato ad uno scostamento della normativa italiana rispetto agli obblighi europei. Le condotte di diffusione e distribuzione pubblica previste alla decisione quadro, infatti, si configurano quali mere modalità di perpetrazione dell’istigazione pubblica alla violenza o all’odio razziale di cui all’alinea che le precede, come emerge dal testo normativo. Semmai, profili di incongruenza possono derivare dal confronto con l’art 4, co. 1, lett. a), della Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 156).

qui interessano, non può essere intesa come riferibile ad una qualsiasi condotta che sia o possa apparire in contasto con un ideale di assoluta integrazione non solo nei diritti, ma anche nella pratica dei rapporti quotidiani, ma, [...] il termine “discriminazione” debe essere inteso nel significato indicato dall’art. 1 di tale Convenzione [di New York del 7 marzo 1966], in base alla quale discriminare significa *porre in essere un comportamento che direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza, ecc allo scopo di “distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica”*» -cursivas más-. Posteriormente en la propia sentencia añade otro elemento distintivo de aquello que debe ser una discriminación relevante a efectos penales que es importante tener en cuenta: «La discriminazione però si deve fondare sulla qualità del soggetto (zingaro, nero, ebreo, ecc.) e non sui comportamenti. La discriminazione per l’altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l’altrui criminalità». Advierte VISCONTI la debilidad de este criterio ya que lleva a que, cuanto más complejo sea el discurso, menos se podrá apreciar la diferencia entre si se trata de un tipo u otro de prejuicio de donde dependería entonces la activación de la reacción penal⁸⁵³. Por otro lado, el odio, a juicio de la Corte, «significa manifestare un’avversione tale da desiderare la morte o una grave danno per la persona odiata, per cui non si può qualificare come odio qualsiasi sentimento di avversione o di antipatia»⁸⁵⁴. Sobre el concepto de violencia no se pronuncia, aunque, toda vez que conductas de menor relevancia quedan sancionadas, cualquier acto de violencia, aunque sea de mínima intensidad, será relevante penalmente.

⁸⁵³ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, op. cit., p. 151; y también Íd., «Il reato di propaganda razzista...», op. cit., pp. 195 y ss.

⁸⁵⁴ Vid. la Sent. Cass., sez. V, 20/01/2006, n. 9381 en la que la Corte trató de delimitar los conceptos de discriminación racial (siguiendo el Convenio de Nueva York 7.3.1996, «indica ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore... che abbia lo scopo o l’effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio in condizioni di parità, dei diritti economico, sociale, culturale, o in ogni altro settore della vita pubblica») o de odio («un sentimento estremo di avversione e dunque non qualsiasi sentimento o manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiuto»). También asumen este sentimiento cualificado para la definición del odio, entre otras: Sentt. Cass, sez. V, 17/11/2005 y sez. V, 05/04/2005, n. 19378. En contra, vid. Sent. Cass., V, 20/01/2006, n. 9381, donde la Corte ha mantenido una interpretación amplia de estas nociones: «non sono possibili graduazioni, se il fatto costitutivo di reato afferma per sè, nell’accezione comune, disuguaglianza sociale o giuridica (discriminazione), o si rapporta all’identità nazionale, etnica, razziale o religiosa, quale ragione di conflitto tra persone (odio)» -cursivas más-.

Junto a estos requisitos típicos, deben concurrir también unos elementos subjetivos, de manera que en el caso de la conducta de propaganda ésta deberá darse sobre ideas con un fundamento concreto («*fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico*»); mientras que para el caso de la instigación, sea a la violencia como a la discriminación, lo que reclama la norma es que tales conductas instigadoras se realicen además con unos concretos motivos: «*per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*»⁸⁵⁵. Ahora bien, la Corte en esta sentencia se aleja de su jurisprudencia anterior que había leído tales cláusulas como una exigencia de dolo específico tanto para las conductas de difusión/propaganda como para la incitación/instigación⁸⁵⁶. Ahora entiende, a un tiempo, que en la conducta de

⁸⁵⁵ En cuanto a los concretos motivos que cualifican estos delitos, como se ha visto, originariamente la legislación mencionaba únicamente el racismo, a los que posteriormente se añadieron las motivaciones étnicas, religiosas y nacionales. En realidad pudiera ser conveniente plantear la extensión de los mismos a otras circunstancias personales que puedan igualmente comprometer la «*pari dignità sociale*». Es el caso, por ejemplo, de la protección que se le ha otorgado a la discriminación por motivos lingüísticos (art. 18-bis, l. 15 dicembre 1999, n. 482, «*Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche*», introdotto con la l. 23 febbraio 2001, n. 38.), o las que se ha pretendido para las diferencias de género u orientación sexual (Disegno di legge «*Misure di sensibilizzazione e prevenzione, nonché repressione dei delitti contro la persona e nell'ambito della famiglia, per l'orientamento sessuale, l'identità di genere ed ogni altra forma di discriminazione*» (25.01.2007) y la Proposta di legge «*Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di discriminazione razziale, e nuove norme in materia di discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale o dalla diversa abilità delle persone*»).

Importante es tener en cuenta que en el caso del delito de difusión (propaganda) lo que se exige es que el mensaje difundido venga referido a la superioridad racial y al odio «racial» o «étnico»; la exclusión del odio «religioso» parece haber sido una opción «prudente» del legislador para evitar una mayor extensión del ámbito punitivo de este precepto (así, G. A. DE FRANCESCO, «*Commento al Dl. 26/4/1993...*», *op. cit.*, p. 177).

Por otro lado, es interesante destacar también el debate abierto sobre el actual concepto de «racismo», ya que hoy día el problema erradica no ya tanto en afirmaciones supremacionistas como en otras formas de racismo indirecto. Como indica E. FRONZA actualmente existe un «nuovo razzismo culturale e differenzialista» frente al clásico racismo biológico, de forma que «*le manifestazioni di intolleranza razziale, sempre più frequenti, sembrano oggi fondarsi non più su una teoria delle razze, ma sulle rigide definizioni di popoli, nazioni, culture, civiltà e mentalità*» («*Osservazioni sull'attività...*», *op. cit.*, s.p., apartado 1). A este respecto, *vid.* en particular la sentencia del Tribunal de Verona (Trib. Verona, 02.12.2004, X). La Corte di Cassazione en la sentencia no entra a esta cuestión y parece salir al paso de la misma con la referencia que se ha recogido a la distinción entre discriminación fundada en la diversidad y en el comportamiento. *Cfr.* C. VISCONTI, «*Il reato di propaganda razzista...*», *op. cit.*, pp. 195 y ss.; y ÍD., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.; S. FERRARI, «*Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante*», *Giurisprudenza italiana* [base de datos en línea], n.1, 2009, s.p.; 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; y G. A. DE FRANCESCO, «*Commento al Dl. 26/4/1993...*», *op. cit.*, pp. 175 y ss.

⁸⁵⁶ Por todas, *vid.* Sent. Cass., sez. III, 28/02/2002, n. 7421, en la que se ocupa de los delitos de racismo del art. 3 de la legge n. 654 de 1975, pero sin distinguir en concreto la modalidad de la conducta delictiva: «*Si tratta di un delitto, caratterizzato da dolo specifico, ossia dalla coscienza e*

difusión «il fatto si consumava nel momento in cui l'idea discriminatoria era portata a conoscenza dei terzi. Per la configurabilità del reato *di diffusione non era necessario alcuno fine specifico essendo sufficiente la consapevolezza della condotta dinanzi descritta, la quale però doveva essere determinata in maniera esclusiva o quanto meno assolutamente prevalente o da ragioni di superiorità ovvero da odio razziale o etnico*. Il dolo specifico richiede, invece, una finalità dell'agente prevista dalla stessa norma incriminatrice per la configurabilità del reato» -cursivas más-. Con la modificación de 2006 advierte la Corte que se requiere igualmente dolo genérico, «perché lo scopo di condizionare la pubblica opinione è insito nella condotta propagandistica; è sufficiente cioè che l'agente sia consapevole del contenuto dell'idea che volontariamente propaganda e della idoneità oggettiva a condizionare l'altrui opinione». Mientras que en la incitación a la comisión de actos discriminatorios «la finalidad dell'azione assumeva rilevanza», de forma que la incitación a la acción «doveva essere, *non solo determinata da motivi razziali, ecc., ma anche essere finalizzata ad incitare a commettere un atto discriminatorio* (ad esempio l'espulsione di un ebreo o di uno zingaro, ecc., per il semplice fatto di essere ebreo, zingaro, ecc.)». En el caso del delito de instigación si la acción no se dirigía a cometer un acto discriminatorio el delito no se verificaba y por eso se exigía un «dolo específico perché, como già accennato, *la condotta doveva essere, non solo determinata da motivi razziali, etnici ecc., ma anche diretta ad incitare a commettere in concreto un atto discriminatorio*, aveva cioè anche una precisa finalidad richiesta dalla stessa norma per la configurabilità del reato anche se, *ai fini della consumazione, non era necessario l'effettivo compimento dell'atto discriminatorio, essendo sufficiente l'idoneità dell'azione*». Por tanto, lo que se ha de exigir, según el criterio de la Corte (en esta sentencia), es que la conducta de propaganda esté determinada por razones de superioridad o de odio racial o étnico, si bien será suficiente con un dolo genérico (enriquecido como dolo propagandista), mientras que en la incitación se requerirá tanto la motivación racista como ese particular dolo específico⁸⁵⁷.

volontà di offendere l'altrui dignità umana in considerazione delle caratteristiche razziali, etniche e religiose». Y añade: «Con la necessaria prudenza e diligenza ed obiettività caso per caso, il giudice dovrà valutare la condotta posta in essere nel suo contenuto non solo oggettivo, ma anche soggettivo, *cercando di enucleare la finalità ispiratrice della condotta medesima*» -cursivas más-. En el caso: a unos senegaleses en la playa a los que han injuriado con frases como «brutti neri» «vivete nel Paese degli sciacalli» y de otros gestos, el juez deduce la motivación racista. Comentando la jurisprudencia de Cassazione sobre el elemento subjetivo, vid. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, op. cit., pp. 208 y ss.

⁸⁵⁷ Sobre el elemento subjetivo en los delitos de opinión como ulterior factor selectivo de la punibilidad en los delitos de opinión, vid. L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, op. cit., pp. 347 y ss). Ya referido en particular a los delitos anti racistas, cfr., entre otros, L. PICOTTI, «Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e

Por último, la Cassazione revisa en su sentencia la argumentación de los tribunales de instancia y de las partes para concluir con el reenvío de la sentencia ordenando que, en definitiva, «il giudice deve valutare la condotta dell'agente nel complesso, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, al fine di individuare la vera finalità ispiratrice della discriminazione ed escludere il reato quanto questa non sia stata determinata da superiorità razziale o da odio etnico, religioso, ecc.». La Corte, para configurar estos delitos, se preocupa de que se determine, por un lado, si la conducta tenía una naturaleza propagandista o instigadora (y que el dolo incorporara tal voluntad), y, por otro, de que se analice el contenido de las ideas difundidas para determinar si se podían considerar como discriminatorias con base en cualidades del sujeto (y no en su comportamiento). Esto último se ve muy claramente en la sentencia de cierre a este caso⁸⁵⁸, en donde la Cassazione repasa cómo la Corte de Venecia habría tenido en cuenta el conjunto de los diferentes elementos de juicio para llegar a la convicción del «significato discriminatorio» de las actuaciones⁸⁵⁹. Pero este juicio no se trata de un análisis de de la peligrosidad concreta, el cual exigiría valorar todos estos elementos, tanto de contenido como – sobre todo- contextuales, para determinar, no el significado discriminatorio del acto en sí, sino la (más o menos) probable *verificación de concretos actos de odio, discriminación o violencia (racista, étnica...)* que funde el peligro para el bien

libertà di manifestazione del pensiero», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 143 ss., que considera que se debe calificar como dolo genérico (y no específico) incluso el delito de instigación (en el mismo sentido, ÍD., «Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale», *Giurisprudenza Merito* [base de datos en línea], n. 9, 2006, punto 7º; y ÍD., «La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona», *Dir. Imm. Citt.*, fasc. 2, 2005, pp. 87 y ss); y los comentarios de E. M. AMBROSETTI, «Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 103 y ss. y F. PANIZZO, «Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista». *Cassazione Penale* [base de datos en línea], n. 6, 2010, p. 2353, punto 3. Al entender de esta última autora estos delitos no deben calificarse con dolo específico y los motivos de la discriminación vendrían referidos «al solo fine di definire gli atti che devono essere oggetto dell'incitamento e che dovranno essere il risultato di una scelta consapevole della volontà d'azione dei destinatari dell'incitamento stesso, sul cui pensiero il soggetto agente intende operare la sua influenza», de manera que «la consapevolezza della qualifica razzista dell'atto occorre che investa non tanto la condotta in sé del soggetto agente, bensì quella dei terzi cui è diretto l'incitamento alla commissione degli atti discriminatori». Y, por tanto, «[l]'autore del reato potrebbe, di per sé, agire anche solo per motivazioni squisitamente personali, sportive, politiche, di rivalsa, estranee ad una componente interiore di pers é razzista, basata su valutazioni etniche o religiose» (F. PANIZZO, «Quando la propaganda...», *op. cit.*, p. 2353).

⁸⁵⁸ Sent. Cass., sez. IV, 10/07/2009, n. 41819

⁸⁵⁹ La Cassazione constata como se habría tenido en cuenta tanto el contenido literal de las manifestaciones como el contexto temporal y ambiental en el que se realizan.

jurídico que, en este caso, ya no sería el orden público sino la dignidad humana y los derechos que ésta sintetiza. De manera que, al final, la Cassazione está interpretando el delito de propaganda racista como una figura de mera conducta, en la que la idoneidad se reduce a la capacidad abstracta de las manifestaciones para influir en terceros. Eso sí, se exige que las manifestaciones tengan contenido discriminatorio, y con un dolo genérico, aunque enriquecido como dolo «propagandístico discriminatorio»⁸⁶⁰, para el caso de la propaganda, y con dolo específico para el delito de instigación. En este último delito, la instigación a la discriminación o al odio racial, en cuanto al juicio de idoneidad de la conducta, destacar que «*ai fini della consumazione, non era necessario l'effettivo compimento dell'atto discriminatorio, essendo sufficiente l'idoneità dell'azione*»; lo que se podría interpretar como una exigencia, no de un peligro concreto, tampoco de un peligro presunto, sino de una suerte de peligro potencial.

Recapitulando, la legislación anti racista deja en Italia tres conductas principales configuradoras de delitos de opinión: 1) El delito de propaganda de ideas de superioridad racial o de odio racial o étnico, que ha sido interpretado por la Cassazione como un delito de mera conducta, cuyo injusto reside en que el discurso propagado tenga un significado discriminatorio (por motivos de la condición personal), y que requiere de dolo genérico (si bien de dolo propagandista discriminatorio). 2) El delito de instigación a la discriminación por motivos raciales, étnicos, religiosos, etc., en el que la Cassazione exige una cierta idoneidad sugestiva/instigadora de las expresiones y que podría ser interpretado, no ya como un delito de peligro abstracto, sino como forma de peligro potencial. Junto a la motivación racista, se trataría de una especie a dolo específico. 3) El delito de provocación a la violencia por motivos raciales, étnicos, etc., cuya naturaleza se correspondería con el anterior y que justifica su mayor gravedad por su resultado lesivo temido (propriadamente de violencia contra personas).

B. Lectura constitucional de las posibles configuraciones de los delitos de opinión contra el racismo: bien jurídico y ofensividad de las conductas

El panorama que hoy por hoy presentan los vigentes delitos de opinión en la lucha contra el racismo sigue siendo muy problemático a nivel constitucional-penal. Así las cosas creo que puede ser interesante terminar haciendo un último repaso a la problemática reinterpretación constitucional de estos delitos, centrado en los aspectos relativos al bien jurídico y a la ofensividad.

⁸⁶⁰ La expresión es de la propia Sent. Cass., III, 13/12/2007, n. 13234.

a. La deficitaria concreción de la dignidad humana como bien jurídico de los delitos de opinión anti-racistas

Las más recientes tendencias tanto doctrinales como jurisprudenciales, como se ha visto especialmente en la sentencia de la Cassazione de 2007⁸⁶¹, rechazan que el bien jurídico de este género de delitos anti-racistas pueda encontrarse en el orden público, para releerlos en clave de tutela de la dignidad humana. Una conclusión particularmente relevante cuando se trata de delitos de opinión, ya que, como se ha podido estudiar, la erección de este valor como límite a la libertad de manifestación del pensamiento es más que cuestionable en el ordenamiento italiano. Recuérdese que «[l]’ipotesi che l’ordine pubblico possa rappresentare un limite alla manifestazione di pensiero razzista è da escludersi per le motivazioni sopra esposte, proprio per la sua difficile determinazione giuridica che non consente di qualificare l’offesa come *empiricamente verificabile*»⁸⁶², entre otros argumentos ya indicados⁸⁶³.

Así las cosas, como pone de manifiesto L. SCAFFARDI: «L’essere umano assurge a oggetto giuridico da tutelare, postulando un rispetto della persona umana che non tollera alcuna differenziazione, ancor più se basata su atteggiamenti discriminatori fondati su razza, etnia, nazionalità o religione»; de forma que «il precedente sfondo dell’ordine pubblico in senso oggettivo va smaterializzandosi» para pasar ahora a sancionarse conductas en tanto que ofensivas del bien jurídico persona humana⁸⁶⁴. De tal forma que, así entendidos, los delitos de opinión

⁸⁶¹ Se ha tomado como referencia la Sent. Cass., III, 13/12/2007, n. 13234. Sirva también de ejemplo la Sent. Cass., sez. III, 28/02/2002, n. 7421 que presenta los delitos de racismo como una ofensa a la dignidad de la persona.

⁸⁶² L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, op. cit., p. 204.

⁸⁶³ A este respecto, *vid.* epígrafe 2.1 en este Cap. En contra, valga como ejemplo la posición de referencia de P. BOGNETTI: «Si può dunque affermare che di per sé la mera diffusione di ideologie basate sulla discriminazione tra le razze o sulla xenofobia dovrebbe ritenersi costituzionalmente protetta dalla libertà di manifestazione del pensiero garantita dall’art. 21 Cost., salvo nei casi in cui si concreti anche in un principio di azione diretto ad offendere, di violenza contro l’ordine legalmente costituito, come tale idoneo a porlo in concreto ed effettivo pericolo» («Prime note sulla tutela costituzionale...», op. cit., p. 79).

⁸⁶⁴ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, op. cit., p. 197. En sentido similar, PULITANÒ sostiene: «L’oggetto di tutela non sfuma in un generico «ordine pubblico», ma ha corpusca consistenza di diritti delle persone: dignità, anzi parità dignità, a fronte di manifestazioni rivolte contro discriminazioni per ragioni legate a caratteristiche personali» («Sulla legittimità dei reati d’opione nella proposta Mastella», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2007, p. 372). También, E. FRONZA considera coherente la «propuesta del superamento dell’oggetto giuridico ordine pubblico mediante una diversa interpretación de *lege lata* delle norme, che vietano la propaganda razzista, in chiave di disposizioni a tutela dell’essere umano», porque al final «ogni discriminazione razziale, sia sotto

emanados de la legislación anti-racista habría que recolocarlos en el marco de la tutela de la persona. Un aspecto que debe verse desde una doble perspectiva: por un lado, delimitar el propio concepto para ver cuál sería su contenido, y, por otro, definir las formas ofensivas susceptibles de dañarlo por el ejercicio de la libertad de expresión. Ello se traduce también a la hora de analizar los concretos delitos, ya que no es suficiente con identificar el bien jurídico tutelado sino que también se exige una coherencia entre la estructura típica del delito con las formas ofensivas posibles. Porque, como expresara E. FRONZA, «cambiare nome al bene tutelato non è certo sufficiente»⁸⁶⁵.

En cuanto al contenido del valor dignidad humana ocurre que se trata de «un concetto di difficile afferrabilità»⁸⁶⁶ y para el que, como advierte AMBROSI, «non pare sussista un comune consenso in ordine alla «idea» di dignità umana»⁸⁶⁷ -sin que, seguramente, sea ésta la sede para tratar de buscarlo-. Baste ahora con un objetivo más modesto como es tratar de presentar, a grandes rasgos, algunos problemas derivados de la indefinición del contenido de la dignidad humana como bien jurídico de protección en la legislación anti-racista (en particular de sus delitos de opinión). Vaya por delante que en este género de delitos la dignidad humana parece adquirir una significación diferenciada del contenido propio del derecho al honor⁸⁶⁸, que encuentra su fundamento en aquella⁸⁶⁹, y cuya tutela «è di

forma di opinione, di incitamento o di atto, offende la persona e la sua dignità direttamente e prima di ogni altra cosa» («Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, apartado 5). Con carácter más general señalaba F. MANTOVANI que quedarán fuera de protección de la libertad de expresión «le manifestazioni attivizzanti, dirette a misconoscere i fondamentali diritti dell'uomo e a produrre discriminazioni (istigazione dell'odio tra classi, gruppi etnici o religiosi, tra razze) anche sui principi, rispettivamente, del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2) e della pari dignità sociale dei cittadini (art. 3)» («Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 30/383). *Vid. supra* epígrafe 1.2 en este Cap.

⁸⁶⁵ E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, apartado 5.

⁸⁶⁶ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁶⁷ A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 532. En general sobre la dignidad humana, *cfr.* E. CECCHERINI (dir.), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2008 y J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, en A. CERRI (dir), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel spaere giuridico*, Vol. II, Roma, 2007, pp. 185-198.

⁸⁶⁸ No considero relevante entrar aquí a distinguir las nociones de honor y prestigio, y uso por tanto el concepto de honor de manera omnicompreensiva de estos bienes. Como indicta F. MANTOVANI, ambos conceptos tienen un contenido diverso pero son al mismo tiempo reconducibles a la común referencia de la dignidad de la perona: «L'onore concerne le qualità (moralì, intellettuali, fisiche, psichiche, ecc.) caratterizzanti il valore della persona umana. Il decoro riguarda, invece, il complesso degli atteggiamenti che, pur non incidendo sul valore, sulla stima, del soggetto, tuttavia incidono su quel rispetto, su quel riguardo, di cui ognuno, in quanto persona umana, è degno» (*Diritto Penale. Parte speciale*, t. I, Delitti contro la persona, 3ª ed., CEDAM, Padua, 2008, p. 203).

⁸⁶⁹ En tal sentido expresaba la Cassazione: «la pari dignità sociale costituisce il fondamento del diritto alla propria reputazione» (Sent. Cass., V, 16/01/1986, n. 65)

concorrere a salvaguardare la *pari dignità* della persona umana, vietando qualsiasi soggetto, privato o pubblico, l'espressione (diretta o mediante l'attribuzione di fatti) di *giudizi di indegnità*, cioè contrastanti col valore [...] della persona»⁸⁷⁰. Así las cosas, en los delitos contra el racismo, notable doctrina habría intentado dar contenido a la dignidad humana poniéndola en relación con el principio de igualdad, como «pari dignità sociale», pero en su concreción como derecho a no ser discriminado⁸⁷¹. En este sentido, L. PICOTTI sostiene que con esta legislación nos movemos en el reconocimiento de la dimensión personalista de un bien que «corrispondente non solo ad un generico interesse giuridicamente tutelato, bensì ad un vero e proprio “diritto fondamentale” od inviolabile dell'uomo»⁸⁷², como derecho fundamental a «non subire discriminazione alcuna fondata sulla razza o sulle analoghe ragioni di identità»⁸⁷³. Ahora bien, como indica A. AMBROSI, una cosa es razonar en términos de personas singulares, individuales o individualizables, y su derecho a que no sean discriminadas, al caso de que «invece il diritto ipotizzato fosse proprio di tutti gli esseri umani come tali, o comunque di una pluralità indeterminabile di soggetti»⁸⁷⁴. Es decir, que se presente la dignidad humana como un valor no sólo individual, «ma anche sociale»⁸⁷⁵, en cuyo caso nos podríamos encontrar ante «un modo diverso di indicare un ordine pubblico ideale»⁸⁷⁶, con las críticas que a este respecto ya se han realizado⁸⁷⁷. De esta manera uno de los problemas que se presentan es si la dignidad humana se entiende

⁸⁷⁰ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale, op. cit.*, p. 201.

⁸⁷¹ En este sentido afirma SCAFFARDI que esta dimensión personalista del bien que se quiere tutelar «andrà a proteggere non solo un generico interesse, quanto un diritto inviolabile dell'uomo», el cual derivaría del derecho fundamental a no ser discriminado (*Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 205). Sobre la «dignidad humana» como base justificativa de estos delitos, *cf.* G. A. DE FRANCESCO, «Commento al Dl. 26/4/1993...», *op. cit.*, pp. 174 y ss.

⁸⁷² L. PICOTTI, «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, p. 133.

⁸⁷³ *Ibidem*, p. 130.

⁸⁷⁴ A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 529. L. PICOTTI critica también tratar de incluir como parte del objeto jurídico de protección de estas normas, aunque sea a través de la configuración de tipos pluriofensivos, otros intereses de naturaleza colectiva o pública: «non occorre aggiungere, al bene giuridico rappresentato dal menzionato «diritto inviolabile» della persona, avente un così rango primario di rilievo costituzionale ed internazionale, alcun altro interesse di natura collettiva o pubblica, di ben differente consistenza e dimensione» («Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, p. 134). En el mismo sentido, ÍD., «Diffusione di idee “razziste”...», *op. cit.*, apartado 4.

⁸⁷⁵ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 197. Esta autora llama así a la «necessita di un bilanciamento, sicuramente delicato fra dignità individuale (ma anche sociale) e libertà (sempre meno) espressiva».

⁸⁷⁶ A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 529). Sobre de la dignidad humana como orden público ideal, *vid. infra* Cap. 8, epígrafe .

⁸⁷⁷ Sobre las críticas al orden público ideal como límite a la libertad de expresión, *vid. supra* epígrafe 2.1 en este Cap 4.

(exclusivamente) como representación del derecho individual a no ser discriminado, o (también) como un valor colectivo.

En la justificación de la dignidad humana como bien a la base de estos delitos contra el racismo hay que tener muy presentes las palabras DE FRANCESCO, las cuales pueden ayudar a extraer el significado de este valor como límite a la libertad de expresión: «Si tratta, a ben guardare, di una tendenza volta a giustificare la necessità di porre a confronto la libertà di manifestazione del pensiero con interessi che esprimono i valori più profondi ed essenziali della convivenza umana propria di un paese civile: le manifestazione a sfondo razziale, lungi dal porre in discussione unicamente un determinato regime od assetto politico, *rappresentano la più totale negazione della "personalità" dell'uomo come valore in sé, come soggetto portatore di qualità ed attributi che non tollerano alcuna forma di "gerarchia"* o di differenziazione fondata sull'appartenenza o meno ad una determinata razza o gruppo sociale. La stessa Costituzione, per l'appunto, col porre alla base dei suoi "principi fondamentali" la «personalità» dell'uomo (art. 2) e la sua pari «dignità sociale» (art. 3), sembra introdurre *un limite invalicabile alla possibilità di attuare comportamenti suscettibili di favorire e legittimare il perseguimento di obiettivi contrastanti con il riconoscimento di tali valori*»⁸⁷⁸ - cursivas más-. De forma que, entendida la dignidad humana como un principio fundamental que afirma el valor de la personalidad en sí misma considerada, aquellos discursos susceptibles de legitimar la persecución de objetivos contrarios con tal ideal podrían quedar privados de protección constitucional.

A este respecto resulta conveniente traer a colación una de las pocas sentencias en las que la Corte Costituzionale ha configurado la dignidad humana como un *autónomo* a límite a la libertad de expresión. En su sentencia 293/2000, del 11/07/2000, la Corte confirmaba la constitucionalidad de un artículo de la ley de prensa de 1948 el cual permitía prohibir publicaciones «*impressionati o raccapriccianti*» idóneas a «*turbare il comune sentimento della morale*». Definía ese sentimiento «non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. *Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana*, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata»; y afirmaba que «solo quando la soglia

⁸⁷⁸ G. A. DE FRANCESCO, «Commento al Dl. 26/4/1993...», *op. cit.*, pp. 178-179. Puede verse también la definición de P. BOGNETTI, aunque el propio autor reconoce que es a la hora de dotarla de contenido cuando surgen las diferentes orientaciones: «la "dignità" sembra essere una qualità intrinseca alla condizione umana, uno stato complessivo in cui si trova normalmente ogni individuo quando gode del rispetto, dell'onore e della stima (altrui e propria), uno stato che però può essere sottoposto a qualsiasi degradazione». («Prime note sulla tutela costituzionale...», *op. cit.*, p.11).

dell'attenzione della *comunità civile* è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, *lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento*» -cursivas más-. La Corte Costituzionale validaría así la posibilidad de concebir la dignidad humana como un «mínimo ético» común ligado al respeto de la persona, al ideal de dignidad humana, con una dimensión personal pero también social (tanto es así que los efectos perturbadores se refieren no a una persona concreta sino para el «comune sentimento» de la sociedad)⁸⁷⁹. Una posición del valor dignidad humana que lleva a que se pueda compartir la conclusión crítica de C. VISCONTI de que «il concetto di "dignità umana" ribadisce ancora una volta l'incapacità a fornire prestazioni di contenuto che vadano oltre un generico, anorché non meno politicamente significativo, appello a quell'universo di valori/diritti che fa da sfondo alle nostre democrazie costituzionali»⁸⁸⁰. Pero, lo que es más preocupante, tal universo ideal de valores o derechos se termina imponiendo incluso como un límite a la libertad de expresión⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ Esta posición guarda notables conexiones con la que la Corte ha mantenido con respecto al «buon costume» como límite a la libertad de expresión. A este respecto valga como ejemplo la Sent. Cort. Cost. 368/1992, en la que definía el límite del «buon costume» como aquel «diretto a significare un valore riferibile alla collettività in generale, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)». O, justificando la tutela del «sentimento religioso» en el delito de blasfemia, puede verse también la Sent. Cort. Cost. 14/1973. *Vid. supra* epígrafe 1.2 en este Cap.

⁸⁸⁰ C. VISCONTI, «Il reato di propaganda razzista...», *op. cit.*, p. 195. En sentido similar, *vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁸¹ Como expresivamente señala A. MERLI: «un moderno sistema di diritto penale non tutela valori etico-sociali, o principi politici, o altre concezioni ideali, come "valori di coscienza", ossia come valori culturali o morali astrattamente considerati, esigendo, in nome di una pretesa concezione "moralmente più alta" di convivenza, un'adesione incondizionata ad essi [...]. Nè disapprova, anche in forza del riconoscimento del diritto di critica e della libertà di spressione (sanciti dall'art. 21 della nostra Costituzione), il fatto in sé della negazione ideale di un (preteso) valore o di un (supposto) principio etico o politico. Al contrario» (*Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2008, p. 123). De forma que la ofensa a estos sentimientos no puede considerarse una forma de daño social aunque provoque o pueda provocar una perturbación en la conciencia colectiva o de grupos.

b. Las posibles formas ofensivas de la «dignidad humana» en los delitos de opinión anti-racistas

El problema se sitúa entonces, como indica E. FRONZA, en que «tali nozioni di contenuto fortemente indeterminato non sembrerebbero capaci di selezionare comportamenti effettivamente offensivi»⁸⁸². De ahí que, asumida ésta significación de la dignidad humana como límite a la libertad de expresión, resulte necesario dar un salto para preguntarse acerca de las formas ofensivas que se puedan dar frente a la misma: ¿de qué manera la dignidad humana, ese «universo de valores y derechos» vinculados a la «pari dignità sociale», puede verse lesionada por el ejercicio de la libertad de expresión? A este respecto creo que pueden ser dos las formas ofensivas básicas que puede presentar el ejercicio de la libertad de expresión: a) expresiones directamente lesivas por su contradicción ideal con el valor dignidad humana; o b) expresiones con eficacia provocadora peligrosas para la dignidad humana como síntesis de ciertos derechos individuales.

i. Manifestaciones directamente lesivas de la dignidad humana

Cuando se refiere a manifestaciones directamente lesivas se trata de conductas que, «pur non risolvendosi in comportamenti materiali, pregiudichi direttamente e immediatamente altrui diritti costituzionali»⁸⁸³. La clave está en que tal ofensa debería consumarse en un plano «ideal», ya que las palabras sólo pueden ofender de manera directa bienes inmateriales. De manera que, cuando la lesión pudiera venir directamente del ejercicio de la libertad de expresión, el daño no se podrá concretar en que se vaya a producir un mal material o que se pueda privar a la persona (o al colectivo) de alguno de los derechos garantizados por mor del principio de igualdad (por ejemplo como ocurre con la sanción de los concretos actos de violencia o de discriminación racial), sino que se tiene que plantear una ofensa de naturaleza «inmaterial» y por tanto sobre la dignidad humana entendida en su sentido «ideal».

Ocurre que, así planteada la ofensividad, si ésta se presenta en una dimensión ideal, pero en una dimensión individual del bien jurídico, nos encontraríamos con formas de lesión de la dignidad humana muy cercanas a las que *específicamente* salvaguarda el honor a través de los delitos de difamación y de

⁸⁸² E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁸³ A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 526, siguiendo a PACE.

injuria⁸⁸⁴. De hecho, como expresa P. BOGNETTI la ofensa al honor y a la reputación se podría «verificare anche offendendola per il semplice fatto della sua appartenenza ad un determinato gruppo linguistico, razziale o religioso o attribuendo a tale persona fatti che si rivelino offensivi o diffamatori»⁸⁸⁵. Teniéndose en cuenta, además, que estos delitos, aunque tutelan un bien individual, se ha admitido el sujeto pasivo colectivo⁸⁸⁶ y hay también una forma agravada por motivos racistas⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ Especialmente los arts. 594 y 595 Cp. it. En este sentido, por ejemplo, la Sent. Cass., sez. V, 05/04/2005, n. 19378, condenaba por el delito de injuria por llamar «marocchino» ignorando deliberadamente su nombre, «non potendosi dubitare dell'idoneità lesiva dell'appellativo "marocchino" rivolto con attitudini di spregio al querelante». De manera que «sostantivare l'aggettivo che riflette la provenienza etnica di una persona ed apostrofare quest'ultima in tal modo, con evidente atteggiamento di scherzo e diletto, costituisce ingiuria, che si connota, per giunta, di chiaro intento di discriminazione razziale, rendendo così più riprovevole sotto il profilo soggettivo la condotta offensiva». *Cfr.* el comentario a esta sentencia M. BELLINA, «Sostantivazione dell'aggettivo che riflette la provenienza étnica della persona e delitto di ingiuria: Il caso del "Marocchino"», *Cassazione penale* [base de datos Giuffrè], n.1, 2006. SCAFFARDI señala que al ser interpretado en clave personalista «il reato di propaganda razzista vedrebbe dunque i suoi confini ampliati a tal punto da poter essere comparabile, per parte, a quella diffamazione di gruppo che troviamo in molti altri ordinamenti» (*Oltre i confini della libertà..., op. cit.*, p. 206).

⁸⁸⁵ P. BOGNETTI, «Prime note sulla tutela costituzionale...», *op. cit.*, en p. 75, especialmente sobre la tutela constitucional contra las formas de discriminación racial y su sanción penal pp. 73 y ss.

⁸⁸⁶ *Vid.* Sent. Cass. pen., V, 16/01/1986, n. 65, en la que a efectos del delito de difamación, ante unas declaraciones xenófobas que habían sido publicadas en un periódico nacional, reconoció la legitimidad pasiva tanto a las comunidades israelíes locales y a la unión de estas comunidades, como sujetos pasivos colectivos afectados por la ofensa a su comunidad, pero también a las personas que perteneciendo a la misma individualmente se hayan podido sentir ofendidas (sin que resulte necesario que la ofensa sea peribida por todos los componentes del grupo). En el caso advertía la Cassazione que concurrían tanto el elemento objetivo (contenido gravemente ofensivo de las expresiones) como el subjetivo (dolo difamatorio). La sanción se produjo por el delito de difamación en su forma agravada por medio de prensa –art. 13 l. n. 47 del 8 febbraio 1948-, en concurrencia con el delito del art. 3 de la l. n. 654 del 13 ottobre 1975 el cual queda subsumido en el anterior por ser de menor gravedad.

⁸⁸⁷ El DL. n. 122 de 1993, en su art. 3 establecía como circunstancia agravante la comisión «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità», cuyas penas se incrementará hasta en la mitad. Sobre la configuración de esta agravante existe jurisprudencia dispar de la Cassazione. Especialmente, a diferencia de pocos meses, la Corte di Cassazione llegaba a conclusiones un tanto diferentes en la interpretación de la agravante por la finalidad de discriminación o de odio racial ante dos casos muy similares incluso en las expresiones ofensivas de base (el epíteto más fuerte era el de «sporco negro»). En la primera de las sentencias, la Sent. Cass, sez. V, 17/11/2005, la Corte anulaba con reenvío la sentencia de instancia porque, aunque el uso de expresiones como «sporche negre, cosa fanno queste negre qua» ponía de manifiesto o resultaba idóneo a revelar «il reale pensiero degli aggressori, mosso da finalità di odio razziale e/o etnico», sin embargo se tendría que haber ido más allá para demostrar «perché non "il pensiero", ma la condotta ingiuriosa addebitata all'imputato fosse da ritenere consapevolmente finalizzata e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile e suscitare in altri

proprio quel sentimento di odio [...] ovvero a dar luogo al concreto pericolo di immediati o futuri comportamenti discriminatori basati sulla differenza di razza e specificamente riconducibili alla surriportata definizione normativa di "discriminazione"» (cursivas más). En la segunda sentencia, la Sent. Cass., V, 20/01/2006, n. 9381, confirmaba sin embargo la sentencia de instancia por el delito de injuria agravada ante expresiones como «Vai via di qua, sporca negra», con la particularidad de que en esta sentencia la Cassazione interpretó esta agravante en forma objetiva, por sus intrínsecas connotaciones o contenido sin importar la motivación subjetiva: *«l'accertamento della finalità non richiede autonoma verifica dell'elemento psicologico rispetto a quanto necessita l'accertamento di responsabilità ai sensi dell'art. 43 c.p., e non sono possibili graduazioni, se il fatto costitutivo di reato afferma per sé, nell'accezione comune, disuguaglianza sociale o giuridica (discriminazione), o si rapporta all'identità nazionale, etnica, razziale o religiosa, quale ragione di conflitto tra persone (odio)» (cursivas más).* De lo que concluía que *«[t]rattandosi di ingiuria, se il fatto consiste nell'uso di una particolare locuzione, questa necessità dell'apprezzamento semantico della combinazione degli elementi del linguaggio»; de forma que «[v]a perciò verificato se la locuzione "sporco negro" abbia un significato proprio, o la connessione tra l'attributo ed il sostantivo sia occasionale», y, por tanto, «non ha alcun rilievo la mozione soggettiva dell'agente, se l'espressione è diretta inequivocabilmente nei confronti di una persona di pelle scura. Basti rilevare che è adottata in un territorio nel quale l'offeso, quando non straniero, è esponente di una minoranza "razziale"». No obstante, tal juicio debería tener en consideración no sólo el mero significado de las palabras, sino que, como se ha visto en la sentencia anterior, la Corte interpretaba esta agravante exigiendo también un peligro para que se cometan los actos de discriminación y odio y, en consecuencia, entendía que para que resultara aplicable sería necesario que la acción delictiva «per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come *intenzionalmente diretta ed al meno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione» (cursivas más).* A lo que añadía: *«il termine "finalità" perciò significa un ulteriore disvalore connotato dalla condotta, dalla gravità del danno o del pericolo o dalle condizioni o qualità personali dell'offeso. Il disvalore consiste nella discriminazione o nell'odio...».* Si bien luego matizaba sensiblemente y el juicio de peligrosidad lo situaba no en la idoneidad concreta a que se discrimine o se genere odio contra una persona, sino en la connotación de odio o discriminadora emanada objetivamente y apreciada según un juicio cultural (por tanto, de peligro abstracto o presunto): *«Pertanto l'accertamento che l'azione sia potenzialmente idonea a conseguire lo scopo discriminatorio, va parametrato non all'idoneità occasionale del fatto a conseguire ulteriore disvalore, bensì al dato culturale che lo connota».**

Es interesante destacar cómo en estas sentencias la Cassazione tiene en consideración que para que concurra esta agravante da relevancia a que exista un riesgo de que otras personas cometan actos de discriminación. Con un comentario a estas sentencias, *vid. L. FERLA, «L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione», Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 4, 2007, pp. 1449-1475; y D. MARTINELLI, «Nota in tema di ingiurie aggravate. Cassazione Penale Sez. V Sentenza 05-12-2005 (17-11-2005) n. 44295», Giurisprudenza italiana [base de datos en línea], n. 12, 2006.* Este último autor pone de manifiesto cómo la sentencia de 2005 opera correctamente al distinguir entre «finalità di discriminazione razziale» y «motivi razziali». Éstos se referirían a los «motivos» de la acción, siendo suficiente con que la motivación del comportamiento discriminatorio resultara cualificada por un comportamiento de intolerancia frente a otras culturas, religiones o razas; mientras que en la finalidad de discriminación racial, tal y como es vista por la Corte, se hace necesario demostrar que la conducta esté finalizada desde el exterior y resulte potencialmente idónea a hacer perceptible y a suscitar tales sentimientos.

De esta suerte, para considerar que un discurso racista resulta directamente ofensivo para la dignidad humana, o bien lo reconducimos a conductas insultantes contra una persona (determinada o determinable o hacia una colectividad), en cuyo caso se desdibujaría la especificidad de su objeto jurídico frente al honor, o bien se configuran como conductas directamente lesivas de ese «mínimo ético» de valores sintetizados en la «dignidad humana», intangible incluso frente a la libertad de expresión⁸⁸⁸. El delito de difusión (propaganda) de ideas racistas parecería haber sido estructurado en esta última línea, como delito directamente lesivo de un bien jurídico «ideal» y «supra-individual» (ya sea la «dignidad humana» concebida como ese universo de valores y derechos o del «orden público»)⁸⁸⁹. Esto, visto desde la orilla de la de la libertad de expresión, sería tanto como admitir que ciertas expresiones por su propio contenido pueden quedar desprotegidas por atentar formalmente contra otros valores, normativos o éticos; algo que parece ir en contra de los postulados básicos reconocidos por esta libertad. A este respecto conviene recordar especialmente la sentencia de la Corte Costituzionale sobre el delito de instigación al odio entre clases sociales⁸⁹⁰, en la

A este respecto pueden verse también, entre otras sentencias, Cass. Penale, sez. V, 11/07/2006, n. 37609, por un delito de injuria racista por haber dicho «non voglio vedere marocchini davanti al locale», donde advertía que la cláusula «per finalità» resultaba un término «anodino e non univoco», pero que en el tipo en concreto debía entenderse como una «connotazione intrinseca della condotta, che deve porsi come *consapevole* [...] esterioresizzazione di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato su un pregiudizio di razza» (énfasis míos), siendo suficiente con que la expresión injuriosa tuviera tal connotación discriminatoria o fuera reveladora de odio valorando la formulación en sí misma y en su contexto. Puede también verse la Sent. Cass., V, 12/06/2008, n. 38217, ante un intento de homicidio agravante racista en el que el autor había gritado al intentar atropellar a un negro «schiaccio il negro», la Cassazione aplicó la agravante racista sobre la base de consideraciones objetivas que permitían poner de manifiesto la concreta finalización de la conducta: «finalizzata, quanto meno, ad incutere timore alla persona di colore - schiaccio il negro- e costituiva chiara manifestazione di disprezzo ed avversione nei confronti di una persona di colore, perché *l'azione era motivata esclusivamente dal fatto che si trattava di persona appartenente ad una razza diversa*». Concluía por tanto que la conducta «*avesse oggettivamente finalità di discriminazione razziale*», pero añadía además, «*e fosse idonea a fare sorgere negli amici in auto identico sentimento di disprezzo motivato da motivi razziali*» (cursivas mías). Nuevamente parece penetrar ese juicio externo de idoneidad para que en terceros se susciten tales sentimientos racistas.

⁸⁸⁸ La Cassazione se refería a ofensas que se traducen «nella *mortificazione* della pari dignità culturale e sociale prendendo a pretesto lo status, il colore della pelle, l'origine etica e geografica, la religione» della vittima» (Sent. Cass., sez. III, 28/02/2002, n. 7421) y condenaba a unos italianos que habían insultado a unos inmigrantes de origen nordafricano con la expresión «Brutti negri! Vivete nel paese degli sciacalli!».

⁸⁸⁹ El carácter de la difamación y de la injuria como delitos de «daño» es discutido en doctrina; no obstante, como señala F. MANTOVANI, concebidos estos delitos en sentido personalista, como valores de la personalidad «ogni giudizio di indegnità, in quanto contrapposto a tale valore, è di per sé lesivo dell'onore» (*Diritto Penale. Parte speciale, op. cit.*, p. 211).

⁸⁹⁰ Cfr. Sent. Cort. Cost. 108/1974.

que exigíó que la ofensividad se recondujera a un concreto peligro, de forma que no se pudiera sancionar «la semplice manifestazione ed incitamento alla persuasione della verità di una dottrina ed ideología politica o filosófica della necessità di un contrasto e di una lotta fra portatori di opposti interessi economici e sociali». No ha sido así, sin embargo, en su sentencia 293/2000, del 11/07/2000, y conviene apreciar los matices argumentativos entre ambas. En esta última sentencia la Corte Costituzionale, como se ha dicho, legitimaba la sanción de expresiones por «golpear» negativamente el mínimo ético social, si bien llamaba a «dar ragione dell'uso prudente dello strumento punitivo» a través «di *un'attenta valutazione dei fatti da parte dei differenti organi giudiziari, che non possono ignorare il valore cardine della libertà di manifestazione del pensiero*» -cursivas más-. En lo que a la lectura de la forma ofensiva del discurso se refiere, la diferencia más sensible entre ambas sentencias erradicaría en que, mientras que la Corte manipula el delito de instigación al odio entre clases para definirlo como un delito de peligrosidad concreta por el efecto provocador que puedan tener las expresiones; en la sentencia del año 2000, por su parte, admitiría la lesividad directa de un discurso frente a la dignidad humana, como ocurre con los delitos de difamación o injurias, aunque reclamaba una ponderación en concreto de las circunstancias para valorar la prevalencia que según el caso deba darse a un valor u a otro (libertad de expresión o dignidad). Pero no se trata, como con el delito de instigación al odio (y otros tantos), de una reconversión a una peligrosidad concreta. La llamada a una «atenta valoración» por parte de los órganos judiciales debe interpretarse como una preclusión de la posibilidad de que el legislador optara por excluir de manera abstracta una categoría de contenidos de la protección de la libertad de expresión, de forma que el juez deba entonces, según las circunstancias concretas, realizar la labor de «pesar» los valores en juego para determinar de qué parte se inclina la balanza -juicio que conceptualmente es distinto al juicio de peligrosidad como probabilidad para que se dé el evento antijurídico-. Es decir, lo que no se puede hacer es considerar, como algunos autores sostienen⁸⁹¹, que de manera absoluta y abstractamente considerada un

⁸⁹¹ Sirva como ejemplo la posición de F. SALOTTO quien, a results de una ponderación abstracta entre los valores en juego, concluye que «la propaganda razziale non può in alcún modo farsi rientrare nell'ambito di tutela della libera manifestazione del pensiero, la quale non può spingersi sino a negare valori fondamentali ed inviolabili del nostro ordinamento. Il valore della "pari dignità sociale", dunque, nel contrasto con il principio di libera manifestazione del pensiero deve prevalere» («Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (L. 13 ottobre 1975, N. 654; L. 24 febbraio 2006, N. 85)», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 167-180, p. 174). De manera que los discursos racistas deberían quedar fuera de la protección constitucional «anche se essa consiste in una esterriorizzazione delle proprie convinzioni volta a

tipo de contenidos (en el caso los racistas) pueden quedar sin protección constitucional otorgando prevalencia total a un valor sobre otro; siendo al menos necesario una ponderación en concreto de las circunstancias del caso y, a partir de éstas, determinar entonces cuál de ellos deberá primar. Ciertamente una postura que tiene como contrapartida la taxatividad de los tipos penales (como ocurre de nuevo con los delitos de injurias o difamación)⁸⁹². Así las cosas, un delito como el de difusión (o publicación de ideas racistas), de querer configurarse como un tipo penal directamente lesivo del bien jurídico dignidad humana, requeriría que no se sancionara el discurso racista por su mera difusión (o propaganda), sino que habría que dejar abiertas las puertas para que se valorara en el caso concreto en qué medida el mismo ha alcanzado un grado de ofensividad tal de hacer que ceda la protección constitucional de la libertad de expresión. Aunque sea difícil, sobre todo desde la óptica no de los delitos de peligro sino de lesión, podría plantearse también la posibilidad de que el legislador en abstracto tratara de definir en aras de una mayor taxatividad los distintos elementos que, más allá del contenido de las expresiones, justificaran la exclusión de protección constitucional en tutela de la dignidad humana. Es decir, que el legislador tipificara las «reglas abstractas» que deben orientar la ponderación concreta que debe acometer el juez⁸⁹³.

En mi opinión, un discurso que, sin ser insultante frente a una persona (o colectivo), pueda resultar contrario al ideal de «pari dignità sociale», se trata de una conducta que, como expresa A. MERLI, no creo que pueda considerarse lesiva socialmente: «L'offesa ai sentimenti etici, o alle ideologie, o alle convinzioni religiose, come pure alle "verità" storiche, per quanto dominanti, dei consociati, non è di per sé una forma di danno sociale, anorché provochi, o possa provocare, una turbativa nella coscienza collettiva o di gruppi, che si riconoscono e trovano coesione nelle proprie concezioni generali di valore»⁸⁹⁴. Admitir límites en protección de un «mínimo ético» común en la sociedad, entendido como idealidad «supra-individual», ya sea normativa o moral, supone una contracción del modelo ideológico abierto reconocido constitucionalmente. Porque, aunque la Constitución

conquistare il favore del pubblico e non consiste di per sé in un atto violente, offende tuttavia valori di rilevanza costituzionale» (*ibidem*, p. 175).

⁸⁹² En este sentido, AMBROSI, aunque se muestra a favor de cuanto menos operar a través de una ponderación en concreto entre los valores en juego, considera que «non è da nascondere la problematicità dal punto di vista di altre norme costituzionali, a partire dal principio di tassatività della fattispecie penale, ex art. 25 Cost.» («Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 534).

⁸⁹³ *Mutatis mutandi*, sería como recoger en el tipo penal de injurias o difamación los elementos de contenido y forma que jurisprudencia y doctrina han reconocido en aras de un «*contemperamento* tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto all'onore» (interés público-social, verdad objetiva de los hechos, corrección del lenguaje y continencia de la modalidad expresiva). Así los sintetiza, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale*, *op. cit.*, p. 221 y ss.

⁸⁹⁴ A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 123.

italiana no es neutral ideológicamente y reconoce por ejemplo el principio personalista como uno de sus principales fundamentos, éste no puede llevar a justificar un límite ideológico a la libertad de expresión como valor «supra-individual». Es por ello que resulta criticable cuando se intenta concentrar el núcleo ofensivo de estos delitos como una lesión «real» y «concreta» del bien dignidad humana en su dimensión «supra-individual»⁸⁹⁵. Además, visto desde la perspectiva de la pendiente resbaladiza, ¿hasta dónde podría llevarse? Como se pregunta AMBROSI, «[s]arebbe per questo legittimo punire chi affermi la superiorità della donna sull'uomo (o viceversa), dell'omosessuale sull'eterosessuale (o viceversa), dell'imprenditore sull'operaio (o viceversa), del povero sul ricco (o viceversa)? Commetterebbe reato chi proclami vera una religione, false le altre?»⁸⁹⁶. Ante lo que concluye que «Il rischio (meglio: la certezza) è che la libertà di pensiero verrebbe vincolata al rispetto di una sorta di ordine pubblico ideale»⁸⁹⁷

ii. El efecto provocador de las expresiones racistas

La otra posibilidad de plantear la ofensividad de un discurso es por su **efecto provocador**. En este grupo entraría claramente el delito de instigación a la discriminación o de provocación a la violencia, pero también se ha visto cómo la Corte Costituzionale ha reconducido al mismo, como formas de instigación indirecta, conductas como la propaganda o la apología, con los defectos estructurales ya indicados. El enfoque de análisis cambia en este caso. Un discurso puede tener un efecto provocador, de manera que puede generar un «peligro» (no un daño material) al instigar de forma directa o indirecta a la comisión de actos lesivos para un bien jurídico. El hecho de responder a este peligro a través de la sanción penal supone un adelanto de la barrera punitiva, el cual en general se considera admisible siempre que sea para dar tutela bienes dignos de particular protección según un adecuado juicio de proporcionalidad, que deberá también

⁸⁹⁵ Así lo afirma VISCONTI en crítica a las sentencias sucedidas en el caso de la propaganda racista en Verona: «A ben guardare, infatti, nell'approccio dei giudici veronesi l'aver *condensato il nucleo offensivo del reato* di propaganda razzista nella *lesione "reale" e "concreta" del bene dignità umana*, peraltro secondo una concezione allargata alla "identità culturale, sessuale, religiosa" dei singoli o dei gruppi, ha l'effetto (lo scopo?) di *irrigidire i rapporti tra gli interessi sotessi alla tutela penale e la libertà di parola*» -cursivas mías- (*Aspetti penalistici del discorso pubblico, op. cit.*, p. 146). Y añade el autor a continuación: «In altre parole, il degradare le forme di turbamento dell'ordine o pace o tranquillità pubbliche a risvolto meramente eventuale e non necessario delle condotte espressive incriminate, contribuisce ad escludere quei margini di temperamento tra istanze repressive e libertà di manifestazione del pensiero che in qualche modo sono invece mantenuti nell'ottica del accertamento del pericolo di conseguenze ulteriori derivanti dall'agire verbale» (*ibidem*, p. 146).

⁸⁹⁶ A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 528.

⁸⁹⁷ *Íbidem*.

tener en consideración el grado de la ofensa (lesión, peligro concreto o peligro indirecto)-⁸⁹⁸. En el caso de la dignidad, entendida en su relación con el derecho a no ser discriminado, puede entonces considerarse la ofensividad, en términos de peligrosidad, de que un discurso provoque a que otros cometan actos de violencia, de discriminación o de odio. Así planteado, el resultado lesivo que se quiere evitar podría ser: a) la comisión de concretos actos de discriminación, violencia u odio; b) la generación de un clima general de hostilidad en el que los mismos puedan tener lugar. Ahora bien, la segunda de las posibilidades –situar el resultado de referencia en la generación de un clima de hostilidad- llevaría a que al final volviera a situarse en primera fila la tutela del orden público, más que el valor dignidad humana entendido de manera concreta como derecho a no sufrir discriminaciones. Es por ello que parece preferible entender la peligrosidad proyectada sobre el riesgo de que se den concretos actos de discriminación o violencia contra una persona o personas determinadas cuyos derechos son los tutelados.

Por su parte, se ha visto que cuando está en juego la libertad de expresión debe evitarse a fórmulas de peligrosidad abstracta. No obstante, la Corte de Cassazione habría admitido en estos delitos contra el racismo una lectura en clave de peligrosidad abstracta o, como mucho, de peligro potencial. Ahora bien, para admitir la peligrosidad abstracta el legislador ha de ser capaz de definir *ex ante* como parte del tipo penal aquellos elementos que caracterizan conductas generalmente idóneas a provocar daños o peligros. Tal peligrosidad abstracta, además, ha de estar fundada «sulla base della sua potenzialità lesiva nei confronti del bene oggetto di protezione, e non già su di un comportamento meramente sintomatico della pericolosità dell'autore»⁸⁹⁹. Algo que el legislador desde luego no ha hecho a la hora de definir estos tipos penales anti-racistas, los cuales tienen en particular consideración la motivación del autor, pero la definición de la conducta

⁸⁹⁸ Vid. L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.* pp. 183 y ss., quien plantea la anticipación de la tutela en los delitos de provocación a partir de una revaloración del desvalor del evento en la economía del tipo penal. Señala como línea general que «in base al principio di proporzione, tanto più importante –secondo le indicazioni della Carta fondamentale- è il bene offendibile dal reato, tanto più legittimamente anticipabile la sua tutela, e viceversa: si tratta del problema della soglia delle attività punibili, rispetto al quale è fondamentale la distinzione fra fatti di lesione, fatti di pericolo diretto e fatti di pericolo indiretto» (*ibidem*, p. 186).

⁸⁹⁹ L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, p. 188. Este autor pone de manifiesto que la construcción del ilícito en clave objetiva exige concentrarse sobre la acción (con las correspondientes notas descriptivas), pero también se puede insertar en el tipo un resultado en el que se concrete el contenido del desvalor del hecho y se refleje el comportamiento subjetivo del autor. El peligro puede ser así considerado como un «resultado», como una situación de hecho que permite prever la posible verificación de un daño a un bien socialmente relevante. Plantea así un resultado idóneo a procudir un daño, entendiendo por tal resultado cuando se produce una modificación del mundo externo que da lugar a la relevante posibilidad de provocar el daño temido (*ibidem*, pp. 189 y ss).

no pasa de concretar la acción típica –instigar, difundir, etc.- y de señalar el acto de referencia –violencia o discriminación-, evitando entrar en el nexo causal, en términos de peligrosidad, entre acción, resultado temido y lesión del bien jurídico. Como se ha señalado, parece imposible que para este tipo de delitos se pueda llegar a dar tal definición en abstracto de la peligrosidad y se corre el riesgo de terminar incidiendo sobre la libertad fundamental en ámbitos que, como se ha visto, se encuentran profundamente ideologizados⁹⁰⁰.

Pero tampoco en estos casos es fácil propugnar un juicio de peligrosidad concreta⁹⁰¹. Es cierto que si se conciben estos delitos como el peligro de que se produzcan determinados actos de discriminación o violencia racista, se pueden salvar las objeciones a la indeterminación del «resultado lesivo temido» que se planteaban en el caso del genérico delito de instigación al delito. Sin embargo, incluso salvada esta objeción, aún se pueden invocar importantes razones para oponerse a la incriminación de estas formas delictivas incluso como figuras de peligro concreto. Así, asumir la sanción de discursos por su efecto provocador es ya un adelanto notable de la barrera de punibilidad que, como he expresado, sólo ante bienes jurídicos de primer nivel y con gran concreción puede llegar a plantearse. De hecho la regla del art. 115 cp. it. es que la incitación al delito no seguida de su comisión permanezca impune⁹⁰². Pues bien, hay que tener en cuenta que el legislador penal ya ha ido muy allá al sancionar específicamente actos bastante indeterminados como son el «odio», la «discriminación» e incluso la

⁹⁰⁰ Así, *vid.* S. CANESTRARI, «Reato di pericolo», *op. cit.*, p. 8.

⁹⁰¹ A este respecto, *cf.* D. PULITANÒ, «Sulla legittimità dei reati d'opione...», *op. cit.*, p. 373, quien, siguiendo la lectura dada a estos delitos por la Corte Costituzionale, reconoce que los «[r]eati d'opinione non possono essere costruiti secondo schemi «presuntivi», nemmeno in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale, ma solo nei limiti segnati da esigenze di tutela di interessi importanti da un pericolo (in qualche misura) concreto», y advierte entonces que ello no es óbice para que en ciertos casos pueda también sancionarse conductas de mera difusión que comporten un peligro concreto. En el mismo sentido, FRONZA considera legítimo el recurso a estas figuras delictivas «proprio per l'importanza del bene (essere umano), il ricorso a un diritto penale preventivo incentrato sui delitti di pericolo concreto. E ciò non lascerebbe dubbio che la tutela della persona sia strumentale a quella dell'ordine pubblico e non viceversa» («Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, apartado 5). Y muy especialmente L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 205, entiende constitucionalmente legítima la interpretación de estos delitos en su dimensión personalista y exigiéndose un efectivo peligro de lesión concreta para el bien jurídico.

PICOTTI, por su parte, reclama también que se dé una peligrosidad concreta pero para los delitos de difusión o propaganda racista asume que la realización del mero hecho típico de la propaganda o de la instigación potencialmente recibida por terceros ya de por sí exponen a un peligro concreto el bien jurídico sin que sea necesario mayor valoración de la peligrosidad «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, pp. 134 y ss., y, en general, «Diffusione di idee “razziste”...», *op. cit.* y «La discriminazione razziale e la política...», *op. cit.*).

⁹⁰² *Vid. supra* nota 730 en este Cap.

«violencia» racial⁹⁰³. De forma que tanto más crítico se debe ser con la propuesta de adelantar la sanción incluso al estadio previo de la provocación, de la instigación o de la propaganda (entendida como instigación indirecta), aunque la misma se concrete en tal juicio de peligrosidad concreta en tutela del derecho a no ser discriminado de las personas. Así las cosas, aunque en términos constitucionales, si se está a lo establecido por la Corte Costituzionale, serían admisibles este tipo de delitos incluso en tutela del orden público o de la dignidad humana en consideración a su eficacia provocadora, siempre y cuando se configuren desde un juicio de peligrosidad concreto; creo que el principio de taxatividad penal, por la indeterminación de los actos de referencia –odio, discriminación, etc.–, pero también el de *ultima ratio* del derecho penal, unido ello a que está en juego la libertad de expresión como contravalor cuyo ejercicio se limita, abonarían rechazar la constitucionalidad de los mismos y en todo caso mueven a afirmar la conveniencia de su abrogación.

iii. Recapitulación

Vista la normativa vigente y el estado de la jurisprudencia, parece haberse impuesto un deber de respuesta frente al racismo en aras de salvaguardar ese orden público ideal europeo consagrado en el ideal de «dignidad humana». Así las cosas, en sus decisiones «compromisorias» -por no decir «reaccionarias»- la Corte Costituzionale ha abierto las puertas a legitimar un marco muy amplio válido para salvar la legitimidad de los delitos de opinión propios de la legislación anti-racista, pudiendo llegar a justificarse constitucionalmente opciones como puede ser el establecimiento de sanciones a discursos directamente lesivos de la dignidad humana, entendida como expresión de un mínimo común ético de la sociedad –eso sí, encargando a los órganos judiciales una ponderación en concreto de los bienes en juego-; o justificando delitos de opinión por su efecto provocador siempre que sean leídos en clave de peligrosidad concreta. Por mi parte, sigo creyendo que la afirmación de la libertad de expresión en un orden abierto y plural no puede verse contraída por un orden público ideal y tampoco puedo compartir que la sanción penal pueda entenderse como una forma de promover la tolerancia⁹⁰⁴. Es por ello

⁹⁰³ Como expresa M. MANETTI: «La stessa definizione del danno che si vuole evitare in termini di “odio” o di “ostilità”, emozioni assai difficili da definire, rende problematico il rispetto del principio di legalità delle fattispecie penali» («L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 105).

⁹⁰⁴ FERRARI sostiene que la legislación antiracista se encuentra inspirada en una «ratio di “tolleranza”», de forma que «una norma che punisce chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico tende, più che alla realizzazione dell’uguaglianza in sé e per sé, ad

que creo que sería exigible reducir este espacio de reacción penal, limitándolo a la tutela de expresiones lesivas de la tutela de la dignidad humana pero en su relación con el derecho al honor, a través del delito de injurias o de difamación, aunque sea agravado, y a la instigación a concretos delitos de particular gravedad, pero no frente a actos de mera discriminación o violencia (aunque éstos hoy día tengan relevancia como delitos autónomos). La propia E. FRONZA, aunque se empeña en dar una interpretación constitucionalizada a través de la reorientación del bien jurídico (dignidad humana) y de su estructura (peligro en concreto), termina reconociendo que «nonostante tale tentativo di interpretare le norme contro la discriminazione razziale alla luce dei principi di materialità, personalità e offensività resta forte il pericolo che esse possano essere utilizzate per punire i reati cd. di mera disobbedienza»⁹⁰⁵. De forma que, a pesar de la jurisprudencia constitucional, creo que la opción más conforme con el espectro de principios constitucionales, desde la libertad de expresión a los concretos principios informadores del orden penal (materialidad, ofensividad, taxatividad...), pasaría por abrogar estas figuras delictivas, desde la propaganda racista pero también otras menos discutidas como la instigación a la discriminación o la provocación a la violencia. Creo, además, que pueden, y deben, abrirse otras vías alterativas a la penal para la *auténtica* promoción de la igualdad⁹⁰⁶. Sin embargo el signo de los tiempos es que este tipo de respuestas penales se trata de un «modelo in via di espansione»⁹⁰⁷.

educare alla reciproca tolleranza fra popolazioni differenti; dal germe dell'intolleranza può scaturire poi l'offesa alla dignità della persona» («Sul concetto di discriminazione razziale...», *op. cit.*, sin paginar).

⁹⁰⁵ E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, apartado 7. En el mismo sentido SALOTTO, después de afirmar que el discurso racista queda fuera del amparo de la libertad de expresión porque debe prevalecer la tutela de la dignidad humana, considera que sin embargo por mor del principio de *extrema ratio* deberían ser excluidos de sanción penal y ser objeto de otro tipo de sanciones como las administrativas («Reato di propaganda razziale...», *op. cit.*, p. 178).

⁹⁰⁶ *Cfr.* P. CARETTI, «Manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, pp. 125 y ss., con otras vías alternativas a la penal como promoción de la igualdad .

⁹⁰⁷ A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 520. También en este sentido, *cfr.* V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 882).

3. La sanción penal de las conductas negacionistas: preguntas e intentos de respuestas ante la inexistencia de un concreto delito anti-negacionista⁹⁰⁸

3.1. El castigo de discursos negacionistas dentro del espectro punitivo general

Como se ha podido ver Italia cuenta con un amplio espectro penal en aplicación de los acuerdos internacionales para la lucha contra el racismo y de prevención frente al genocidio y en clave interna de proscripción del fascismo. Sin embargo –o precisamente por tener tan amplio espectro- no cuenta con una norma específica incriminadora del negacionismo. Así las cosas, el Gobierno italiano en su comunicación a la Comisión Europea⁹⁰⁹ informaba que el actual marco punitivo existente en Italia satisfacería plenamente las obligaciones impuestas por ésta aunque no contara con un delito específico⁹¹⁰. En concreto, el Gobierno

⁹⁰⁸ La incriminación del negacionismo ha sido una cuestión que ha dado lugar en Italia a recientes contribuciones de particular interés, entre las que destacar, a nivel monográfico: A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*; y D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, FrancoAngeli, Milán, 2012. También C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, *op. cit.*, dedica el Cap. V. de su obra al negacionismo. En cuanto a artículos doctrinales, consideraría A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*; J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*; M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», en M. AINIS (ed.), *Informazione, potere e libertà*, G. Giappichelli, Turín, 2005, pp. 41-51; P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*; y P. BARGIACCHI, «Cenni sulle tendenze...», *op. cit.* También pueden consultarse, I. SPIGNO, «Un dibattito ancora attuale...», *op. cit.*; V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*; F. LIENA, «Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?, *Giur. Cost.*, fasc. 5, 2009, pp. 3949-3967; P. WACHSMANN, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, y en contestación al mismo M. RIPOLI, «Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio», *Ragion Pratica*, n. 12, 1999, pp. 77-82; G. GAVAGNIN, «Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca», en S. RIONDATO (ed.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 199-223 y artículos de FRONZA, «Diritto e memoria. Un dialogo difficile», *Novecento*, n. 10, 2004, pp. 47-59; ÍD., «Profili penalistici...», *op. cit.*; ÍD., «Il reato di negazionismo e la protezione penale...», *op. cit.*; ÍD., «The punishment of negationism...», *op. cit.*; ÍD., «¿El delito de negacionismo?...», *op. cit.* De menor interés, S. PENNICINO, «Italy's proposal on Holocaust denial in a comparative perspective». *Revista general de Derecho público comparado. Comparative public law review* [base de datos en línea], fasc. 1, 2007.

⁹⁰⁹ Respuesta del Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia a la nota JUST/C1/MFM/bms/366444s de 23 de junio de 2011.

⁹¹⁰ Si se recuerdan las obligaciones punitivas prescritas por la Decisión marco en lo referido a las conductas negacionistas imponían la sanción de conductas públicas de «apología», «negación» o «trivialización flagrante» («de genocidio o crímenes contra la humanidad (según la definición actual del Estatuto de la Corte penal Internacional o del Tribunal militar internacional de Nüremberg). Estas conductas debían ser dirigidas contra un grupo de personas o sus miembros definidos por su raza, color, etc. y en un modo tal de poder instigar a la violencia o al odio frente a ellos. Además la

consideraba en particular idónea, a tales efectos, la legge 9 ottobre 1967, n. 962, de prevención y represión del delito de genocidio, que sanciona las conductas de instigación y apología públicas con penas de prisión de tres a 12 años. Además, indicaba también la existencia de los delitos de propaganda de ideas fundadas sobre la superioridad o el odio racial, étnico o religioso, y el delito de instigación a cometer actos de discriminación o el delito de provocación a la violencia por tales motivos (l. 13 ottobre de 1975, n. 654), con tratamientos sancionatorios que responderían «in toto ai criteri indicati nell'art. 3, comma 2, decisione quadro in esame, peraltro sovente eccedendolo». También refería el delito de manifestaciones exteriores u ostentación de emblemas o símbolos de movimientos racistas (l. n. 122 de 26 aprile). Consideraba además el Gobierno italiano que la sanción de estos delitos afecta no sólo a los autores materiales sino también a aquellos que «svolgono "istigazione" o manifestano "complicità" (ex art. 110 c.p.)», como exigiría el art. 2 de la Decisión marco. A lo que habría que añadir la aplicación general del tipo de instigación al delito o de apología previsto en el art. 414 c.p., cuya pena se ve aumentada para crímenes de terrorismo o contra la humanidad.

Sin embargo, la posición del Gobierno italiano no puede ser asumida sin un mayor juicio crítico. En primer lugar, ¿no supone ya de por sí un «déficit» en las exigencias derivadas de la Decisión marco que no se tipifiquen específicamente este género de conductas?⁹¹¹ Es cierto que el ordenamiento italiano puede llegar *al mismo resultado punitivo* sancionando los discursos negacionistas como afirmaba el Gobierno, pero no se cumple con la exigencias de «armonizar» las conductas típicas incluyendo un delito que específicamente castigue tales acciones, e incluso quedará siempre la incertidumbre de la mayor o menor amplitud con la que puedan ser interpretados los delitos por los órganos jurisdiccionales⁹¹². Es

ofensividad de estas conductas se podía cualificar aún más exigiendo o bien la perturbación para el orden público o bien que resultaran amenazantes, ofensivas o injuriosas y se podía exigir también que los actos objetos de negación tuvieran que haber sido reconocidos como crímenes por un tribunal. Tales conductas debían ser sancionadas con la prisión por una duración máxima comprendida *al menos* entre uno y tres años, siguiendo la técnica del «*compasso edittale*». Se exige también la sanción de la instigación a estos delitos y la complicidad.

⁹¹¹ Según P. LOBBA «la normativa europea *non obbliga* all'introduzione né di una fattispecie che criminalizzi espressamente il negazionismo, né, tanto meno, di una figura plasmata sul c.d. modello puro» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 155); pero, en mi opinión, ello no quita que a la base de esta normativa está, no el sancionar formas de negacionismo puro, pero sí que se terminen recogiendo delitos que sancionen específicamente las conductas negacionistas, aunque sea en la modalidad cualificada. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 2.2.5.

⁹¹² Ello sin perjuicio de que por mor de la Decisión marco los órganos judiciales se vean obligados a realizar una interpretación conforme a la normativa europea de los tipos penales aunque esto lleve a tener que hacer una aplicación extensiva (pero nunca *contra legem*) de los

cierto también que cubrir el espectro punitivo disciplinado por la Decisión marco tampoco es difícil, sobre todo vista la posibilidad de castigar sólo conductas «cualificadas». Algo a lo que además ayuda la amplia interpretación que para este tipo de delitos viene dando la Corte di Cassazione⁹¹³, que puede llevar a sostener que, en ciertos casos, conductas de negacionismo «simple» queden sancionadas por los tipos hoy día existentes en el orden penal italiano⁹¹⁴.

Y una pregunta más: ¿con los delitos hoy día vigentes se cubre todo el espectro de conductas típicas cuyo reproche pretende la Decisión marco –tal y como ha sido afirmado por el Gobierno italiano– o queda alguna laguna? En principio los delitos de instigación (ya sea la instigación racista como la general del 414 Cp. it.) sólo sancionan conductas *directamente* instigadoras, quedando fuera esas otras expresiones indirectas o encubiertas como las negacionistas⁹¹⁵. En

mismos, la cual asegure que las conductas negacionistas vayan a quedar sancionadas. Sobre la obligación de interpretación conforme *vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 153, y *supra* Cap. 3, epígrafe 2.2.5.

⁹¹³ Valgan como ejemplo de tales interpretaciones extensivas algunas sentencias de la Cassazione como la Sent. cass., I, 29/03/1985, n. 507, donde condenaba por apología del genocidio porque en un partido de baloncesto los hinchas locales habían realizado manifestaciones de odio racial contra la afición judía contraria como «Mauthausen reggia degli ebrei», «Una cento mille Mauthausen», «Hitler l'ha insegnato, uccidere l'ebreo non è reato», «Ebrei-saponeette, saponeette»; al considerar que la idoneidad exigible para tal delito «non è già quella a generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidiari, ma quella più strutturalmente semplice di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio». El juicio de peligrosidad ha sido igualmente muy laxo en otras sentencias como la Sent. Cass., I, 27/09/1991, donde condenaba por apología al delito por levantar un monumento a un asesino anarquista, ya que «nonostante la lontananza storica dell'assassino, sussiste attualmente e concretamente la possibilità che l'erezione del monumento eserciti una forza di suggestione e di persuasione tale da poter stimolare la commissione di altri fatti criminosi, corrispondenti o similari a quello esaltato»; o en la Sent. Cass., I, 17/11/1997, por la publicación en un periódico anarquista de artículos dedicados a presentar actos de atentados pasados, en la que la Cassazione consideró la concurrencia de este delito al entender que se daba una «mera possibilità» de que se estimulara a la comisión de tales delitos, sobre todo en consideración a la incidencia del discurso apologético sobre ciertos ambientes (como son los anarquistas). O, por un delito de incitación a cometer violencia por motivos racistas, la Sent. Cort. Cass., I, 26/11/1997, la Cassazione definía el mismo como un «reato di pura condotta e di pericolo astratto», por lo que condenaba también a unos aficionados porque en un partido de fútbol en el estadio de Roma por haber puesto pancartas con el lema «miliardi al ghetto e alle borgate?» y por haber prendido fuego a una estrella de David. Estas sentencias, y otras, fueron referidas en el epígrafe 2.2 en este Cap.

⁹¹⁴ Por ejemplo, P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, pp. 156 y ss. llega a dejar abierta la duda de si de *iure conditio* pueden hoy día ser susceptibles de sanción en el ordenamiento italiano expresiones de negacionismo puro sin ninguna carga instigatoria aplicando el delito de propaganda racista.

⁹¹⁵ En este punto entiendo necesaria recordar que, a mi juicio, la diferenciación en la norma europea entre la sanción de la letra a), que en sentido propio recoge conductas públicas de instigación a la violencia y al odio, y la letra c) y d) con conductas de apología, negación o minimización, creo que pone de manifiesto la voluntad de que se sancionen discursos que, aunque

cuanto al delito de apología (ya sea del genocidio o de crímenes contra la humanidad -414 Cp. it.-), difícilmente va a poder considerarse como conducta apologética de unos crímenes cuando lo que se hace es negar su existencia: el presupuesto lógico de exaltar un hecho es reconocer que ha existido. Por lo que tampoco estos delitos parece fácil que lleguen a castigar discursos negacionistas, siempre que no vengan dados por expresiones justificadoras o apologetas de los crímenes. Y en cuanto al delito de difusión o propaganda de ideas racistas, éste sólo sería de aplicación en aquellos casos en los que la negación de los crímenes tuviera tal componente racista, algo que no tiene por qué darse siempre⁹¹⁶ -aunque algunos autores sostengan que el negacionismo del Holocausto implica siempre difusión de tal ideología⁹¹⁷-. Pero cuando ciertamente no puede concurrir este delito será ante la negación de genocidios o crímenes contra la humanidad en donde entren en juego motivos religiosos, ya que tal motivación queda fuera del delito de propaganda de superioridad racial o de odio racial o étnico.

Así las cosas, puede ocurrir, aunque se trate de supuestos muy excepcionales, que conductas de negación o de minimización de genocidios o crímenes contra la humanidad, que no tuvieran un contenido racista o de odio racial o étnico, ni exaltaran el crimen en sí, sino que simplemente lo negaran, quedarían impunes, aunque las mismas pudieran terminar generando ese efecto de instigación (indirecta) al odio. La distinción es importante toda vez que los discursos negacionistas normalmente revisten formas encubiertas, incluso de lecciones académicas o científicas, sin que expresamente puedan tacharse ni de

no sean *directamente* incitadores, resulten aptos para generar (incitar) odio a través de manifestaciones «*encubiertas*» (o indirectas). No quiero decir con ello que la Decisión marco exija sancionar expresiones de «negacionismo puro», pero sí todos aquellos discursos negacionistas que, con independencia de cómo se revistan (meras negaciones, minimizaciones flagrantes, justificaciones, etc.), tengan tal aptitud para incitar a la violencia o al odio frente a un grupo o a uno de sus miembros. *Cfr. supra*, Cap. 3, epígrafe 2.2.

⁹¹⁶ En este sentido, P. LOBBA señala que «non si può affermare con sicurezza che i discorsi negazionisti, se ritenuti *in sé espressivi di un livello sufficiente di avversione* nei confronti del popolo ebreo (o armeno, ecc.), non possano ammontare a propaganda di idee fondate sull'odio razziale a prescindere da una loro carica istigatoria (anche solo indiretta)» (P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 157). De manera que, como advierte PULITANÒ, «dipenderà dall'interpretazione che daranno i magistrati se le esternazioni «negacioniste» possano considerarsi nei casi concreti come diffusione di idee fondate sulla superiorità o l'odio razziale» («Sulla legittimità dei reati d'opione...», *op. cit.*, p. 373).

⁹¹⁷ En esta óptica parece situarse, por ejemplo, V. CUCCIA, que reconoce que «la negazione dell'Olocausto è il principale vettore dell'antisemitismo il quale, come il razzismo (con cui i legami sono molto stretti), è un fattore profondamente distruttivo del tessuto sociale, in quanto attenta al fondamento liberale degli ordinamenti democratici» («Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 8258). Sin embargo, como ya sostuve, no creo esto pueda llevar a entender que siempre y en todo caso cualquier manifestación negacionista tiene que ser una expresión xenofoba.

apologéticas ni con un contenido específicamente racista, pero que, sobre todo según el público⁹¹⁸ y las circunstancias, pueden terminar suponiendo una instigación (indirecta) al odio⁹¹⁹.

Una laguna que podría salvarse acogiéndose a la posibilidad ofrecida por la Decisión marco de que tales conductas negacionistas sólo sean sancionadas en tanto que «injuriosas», «abusivas» o «amenazantes»⁹²⁰; en cuyo caso quedarían incorporadas dentro del espacio penalmente cubierto por la legislación italiana, particularmente a través del delito de difamación (art. 595 Cp. it.) –norma sin embargo no mencionada por el Gobierno italiano-. ¿Tanto viaje para tan pocas alforjas? Pero es que, si al final se entiende que la exigencias de la normativa europea se cumple con sancionar conductas injuriosas o amenazantes, poca era la fuerza armonizadora de la misma.

Fuera de la cuestión del espectro punitivo, la siguiente parte del problema estaría entonces en revisar las exigencias penológicas. Es cierto que, como señalaba el Gobierno italiano, éstas están más que satisfechas en sentido general, incluso con penas superiores a las indicadas por la Decisión marco. Pero, ¿las exigencias penológicas deben ser consideradas según una valoración genérica que atienda a los diferentes tipos penales que pueden concurrir para la sanción de estas conductas o se requiere que cada uno de los posibles tipos penales potencialmente concurrentes en la sanción de conductas negacionistas deban respetar los márgenes punitivos impuestos? Y, en todo caso, ¿las exigencias de un mínimo de pena de prisión máxima excluye la posibilidad de que se puedan imponer otras sanciones alternativas? Los problemas se plantearían particularmente con dos delitos: con el delito de propaganda racista, porque aunque establece una pena de prisión de hasta un año y seis meses también permite que en lugar de ésta se fije multa de hasta 6000 euros, y con los delitos de difamación e injurias, que no cumplirían con la exigencia de establecer una pena máxima de al menos un año de prisión. En el caso de la injuria la prisión sólo se prevé con un máximo de seis meses y la difamación aunque la pena máxima de

⁹¹⁸ Recordemos nuevamente la Sent. Cass., I, 17/11/1997, donde la Cassazione vio esa idoneidad considerando cómo el discurso apologético podía incidir «su specifiche situazioni o su ambienti non refrattari a recepirne l'impulso istigatorio (come sono gli ambienti anarchici)».

⁹¹⁹ P. LOBBA no parece considerar esta distinción y concluye que «[i]n Italia, i discorsi negazionisti –se “qualificati” dalle condizioni richieste –potranno rientrare nei reati di cui all’art. 3, co. 1 lett. a), della legge n. 654/1975, in quanto propaganda di idee fondate sull’odio razziale o etnico oppure come istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 155).

⁹²⁰ La cualificación como idóneas para perturbar el orden público llevaría a considerar el delito de instigación y apología del 414 Cp. it., pero, como se ha dicho, en principio éste tampoco cubriría ese espacio de discursos negacionistas sin contenido apologético o directamente instigador.

prisión llega hasta un año permite que se dé sólo multa. En el caso de concurrir la agravante racista la pena «*é aumentata da un terzo alla metà*», la cual, como se ha visto, puede entenderse de aplicación si se pone de manifiesto que tenía tal finalidad de discriminar o de generar odio étnico, nacional, racial o religioso⁹²¹.

Por último, por más que afirme el Gobierno italiano, a mi juicio tampoco queda cubierta la exigencia de la Decisión marco de sancionar la instigación a la realización de los delitos de negacionismo (art. 2 Decisión marco). Como una forma de reducir las exigencias de esta norma de la Decisión marco podría plantearse si la misma deja al menos la opción de que sólo se castigara la «instigación de la instigación» cuando fuera seguida de la comisión efectiva de los mismos, en cuyo caso cabría plantear la aplicación del art. 115 Cp. it. en relación con el art. 110 Cp. it.. No obstante, reitero que plantear la sanción de la «instigación de la instigación» contraviene los postulados básicos del Derecho penal constitucional⁹²². Con la exigencia de sanción de las conductas de complicidad no habría problemas ya que para este caso sería aplicable el art. 110 Cp. it..

3.2. Los intentos de incriminar las conductas negacionistas en Italia

3.2.1. Algunas fallidas propuestas de incriminación del negacionismo

La cuestión de la incorporación de un tipo penal anti-negacionista ha sido recurrente en los últimos años, si bien, hasta el momento, y aunque hay visos de que la última propuesta puede ser aprobada, todavía no se ha conseguido que termine la tramitación parlamentaria de ninguno de ellos. Por ejemplo, en enero 2007 el Ministro de Justicia MASTELLA anticipaba la «voluntad» de incriminar expresamente el delito de negacionismo⁹²³; anuncio que no llegaba siquiera a formularse como propuesta por el Consejo de Ministros después de la oposición que se levantó cuando algunos de los más prestigiosos historiadores italianos firmaron un manifiesto «*Contro il negazionismo per la libertà di ricerca*», 23 de

⁹²¹ Sobre la agravante racista, *vid. supra* epígrafe 2.2.3 en este Cap.

⁹²² En este sentido, afirma P. LOBBA: «Si tratterebbe di sanzionare l'istigazione dell'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale, addirittura anche se non commessa pubblicamente. Non sembra che un arretramento della soglia di punibilità di tale portata possa reggere rispetto ai principi basilari del diritto penale» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 153).

⁹²³ El «disegno di legge» finalmente aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de enero de 2007, relativo «ai delitti di istigazione a commettere crimini contro l'umanità e di apologia dei crimini contro l'umanità», al final no recogía referencias expresas al negacionismo si bien tampoco éste terminó aprobado en sede parlamentaria. Con anterioridad a ésta, D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 79 en nota 115, menciona también una propuesta de ley presentada por el senador verde DE LUCA en 1997.

enero de 2007⁹²⁴. Posteriormente la idea ha seguido reapareciendo en el debate político sin que haya terminado de consolidarse⁹²⁵. La última propuesta a este respecto ha sido el «disegno di legge» presentado por la senadora Silvana AMATI el 15 de marzo de 2013⁹²⁶, que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria y a la que se dedicará a continuación un particular análisis.

3.2.2. El «disegno di legge» de la senadora AMATI y sus vicisitudes parlamentarias

A. La proposición de ley presentada por la senadora AMATI et alii

La proposición de ley presentada por la senadora AMATI parte considerando «[i]l drammatico aumento di forme di razzismo e di negazione di fatti storici incontrovertibili, come lo sterminio degli Ebrei o di altre minoranze», y, aunque muestra su convicción de que la respuesta a estas «forme di alienazione» tiene que ser en primer lugar cultural y de sensibilización de la sociedad civil y de los jóvenes, sin embargo termina admitiendo que «[d]i fronte a fatti specifici e spesso reiterati di denigrazione a sfondo razziale e di negazione tendenziosa della verità

⁹²⁴ El manifiesto fue promovido por 29 profesores y supera el centenar de adhesiones de académicos que se posicionan contra la ley que sanciona el negacionismo del Holocausto. Muestran su preocupación porque «si cerchi di affrontare e risolvere un problema culturale e sociale certamente rilevante (il negazionismo e il suo possibile diffondersi soprattutto tra i giovani) attraverso la pratica giudiziaria e la minaccia di reclusione e condanna». Adviertem que esto resulta peligroso por diversos órdenes de motivos: 1) Porque se convierte a los negacionistas en defensores de la libertad de expresión; 2) Se establece una verdad de Estado sobre un pasado histórico; 3) Se acentúa la idea de la «unicidad de la Shoah». Lllaman entonces a dar la batalla desde la propia sociedad civil, a través de una constante batalla cultural, ética y política, que es la única que pueda crear los «anticorpi capaci di estirpare» estas posiciones. Además de este manifiesto fueron muchos los artículos y noticias que fueron publicadas en Italia en esos primeros meses de 2007. Toda esta información se puede encontrar en el dossier de la *Società italiana per lo studio della storia contemporanea* que ha elaborado sobre esta cuestión. Disponible en: <http://www.sissco.it/index.php?id=11>

⁹²⁵ El Ministro ALFANO con ocasión de la Jornada de la Memoria de 2011 y los Presidentes del Parlamento y del Senado mostraban esta disponibilidad a recoger un tipo penal que sancionara el negacionismo del Holocausto, después de la polémica suscitada por la clase dada por Claudio MOLFA en la Universidad de Téramo y la llamada en tal sentido de Riccardo PACIFICI, presidente de la comunidad judía romana. Sobre esta polémica y las reacciones suscitadas, vid. la crónica publicada en *La Repubblica* el 15 de octubre 2010 (http://www.repubblica.it/cronaca/2010/10/15/news/shoa_letta_risponde_a_pacifici-8074517/).

⁹²⁶ «Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale». En la anterior legislatura (XVI Legislatura) esta misma senadora ya había presentado una proposición de ley con el mismo propósito (8 de octubre de 2012), la cual no llegó a ser aprobada por las Cámaras.

storica non può non esserci anche una reazione sul piano giuridico e penale del sistema democratico». De ahí que se proponga modificar el art. 3 de la l. n. 654, 13 octubre 1975, «ratifica ed esecuzione della convenzione Internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale», para específicamente incriminar las conductas negacionistas, algo a lo que, como recuerda, mueve la Unión Europea en su Decisión marco. El texto que se propuso, el cual se añadiría a la letra b) del art. 3 de la mencionada ley⁹²⁷, fue el siguiente:

*«b-bis) con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 10.000 euro chiunque pone in essere **attività di apologia, negazione, minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, o propaganda idee, distribuisce, divulga o pubblicizza materiale o informazioni, con qualsiasi mezzo, anche telematico, fondati sulla superiorità o sull'odio razziale, etnico o religioso, ovvero, con particolare riferimento alla violenza e al terrorismo, se non punibili come più gravi reati, fa apologia o incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, anche mediante l'impiego diretto od interconnesso di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili**» (énfasis míos).*

Aunque no sea el lugar de hacer una crítica profunda a esta propuesta ya que el mismo ya ha sido superado durante la tramitación parlamentaria, sí que puede ser interesante algún comentario por lo significativo que resulta. En primer lugar, si se va a los motivos que expresa en la propia presentación del disegno di legge, ya se encuentran elementos que llaman la atención: no se menciona el contraste con la libertad de expresión; se dice que con esta norma se trata de responder a un fenómeno creciente de racismo y que, aunque al mismo habría que responder social y culturalmente, sin embargo de manera apodíctica afirma la necesidad de reaccionar penalmente; no se plantea si ya concurren sanciones penales para poder responder a este tipo de conductas; y deja claro que hay «hechos históricos incontrovertibles», aunque a la vez que menciona el Holocausto, para no quedarse corto, añade también el exterminio de «otras» minorías⁹²⁸. Ahora

⁹²⁷ Recuérdese que las letras a) y b) vienen a sancionar las conductas de propaganda racista, de instigación a la discriminación y de comisión de actos discriminatorios y de provocación a la violencia racial y de su comisión. A este respecto, *vid. supra* epígrafe 2.2.3 en este Cap.

⁹²⁸ En concreto se sostiene en la exposición de motivos de la proposición de ley que con la misma se pretende «il contrasto di quelle forme di “negacionismo”, cioè negazione o minimizzazione, del fenómeno del genocidio degli Egrei e di altre minoranze etniche, che costituiscono uno degli aspetti più odiosi delle pratiche razziste». Antes había expresado que «[d]i fronte a fatti specifici e spesso reiterati di denigrazione a sfondo razziale e di negazione

bien, lo que resulta verdaderamente llamativo es el indescifrable batiburrillo de tipo delictivo que pretende incorporar. Las diferencias con la propuesta de 2012 realizada por esta misma senadora son notables⁹²⁹. En la **propuesta de 2012**, siguiendo la estela de la Decisión marco europea, se pretendía incriminar las conductas de negacionismo (hacer apología o «negar la realidad, la dimensión o el carácter genocida» de crímenes de genocidio o de crímenes contra la humanidad) distinguiendo dos modalidades ofensivas: a) expresiones provocadoras, idóneas a perturbar el orden público; b) manifestaciones que resultaran «amenazantes, ofensivas o injuriosas». Con la **nueva propuesta de 2013** se pretendía incriminar varios tipos diferentes de conductas, pero en forma un tanto confusa y asistemática. Así, proponía la sanción de: 1) *Apología, negación o minimización de crímenes de genocidio o de guerra*, sin incluir ahora ninguna cualificación ofensiva (ni perturbadoras del orden público ni injuriosas). 2) *Propaganda de ideas, distribución, divulgación o publicación de material o informaciones* por cualquier medio telemático fundadas sobre la superioridad racial o sobre el odio racial, étnico o religioso. Esta conducta se solapaba con la letra a) del propio artículo 3 que establece el delito de propaganda de ideas de superioridad racial, aunque llevando el castigo a unos términos más amplios tanto por las conductas (distribución, publicación, etc.), como por adicionar el motivo del odio religioso que «prudentemente» había quedado fuera del delito de propaganda⁹³⁰, y, además, imponía un mayor nivel de pena. 3) *Hacer apología o incitar a cometer o cometer actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, etc.* Añadía así, por un lado, la apología, y, por otro, de nuevo se solapaba, pero estableciendo una mayor pena, con la sanción de la instigación (recuperando el verbo «incitar») y de la comisión de actos de discriminación ya recogida en la letra a). Enfatizaba que estas conductas de apología o incitación se debían dar con una particular referencia a la «violencia» y al «terrorismo», aunque no sé entiende bien qué relación tiene el terrorismo con la apología o la incitación a la discriminación. Añadía además que ello siempre y cuando no fueran punibles como más graves delitos. También

tendenziosa della verità storica non può non esserci anche una reazione sul piano giuridico e penale del sistema democratico».

⁹²⁹ El texto de aquella originaria propuesta pretendía también la introducción del siguiente apartado bis) a la letra b) del art. 3.1 de la l. n. 654 de 13 ottobre 1975, con el siguiente texto: «*b-bis) con la reclusione fino a tre anni chiunque, con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o che costituiscano minaccia, offesa o ingiuria, fa apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, e dei crimini definiti dall'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, ovvero nega la realtà, la dimensione o il carattere genocida degli stessi*».

⁹³⁰ Así, G. A. DE FRANCESCO, «Commento al Dl. 26/4/1993...», *op. cit.*, p. 177. *Vid. supra* epígrafe 2.2.3 en este Cap.

incluía la posibilidad de extender el castigo cuando se utilizaran medios telemáticos.

Ocurre, a mi juicio, que según la propuesta de 2013 las conductas 2ª y 3ª harían perder el sentido a que se mantuviera la letra a) del propio precepto 3º de la l. n. 654, 13 ottobre 1975 que se pretendía modificar. No obstante, la Comisión de Justicia del Senado ha introducido un cambio radical en la formulación de la propuesta de reforma normativa para la inclusión del castigo de las conductas negacionistas en el ordenamiento italiano.

B. El dictamen de la 1ª Commissione permanente

La Comisión del Senado examinó la proposición de ley y expresó su dictamen no obstativo⁹³¹, aunque enmendaba radicalmente el texto inicialmente presentado tratando de mantener su sentido originario. Así las cosas, la inclusión del castigo de las conductas negacionistas se propone ahora que fuera recogido, no en la l. n. 654, 13 ottobre 1975, sino como una reforma al art. 414 del Código penal, sobre la incitación y la apología al delito⁹³². De tal suerte que se incluirían dos modificaciones a este precepto:

«a) dopo il terzo comma è inserito il seguente:

“La pena di cui al primo comma, numero 1), si applica a chiunque nega l’esistenza di crimini di genocidio o contro l’umanità o di guerra”;

b) l’ultimo comma è sostituito dal seguente:

⁹³¹ Parere della 1ª Commissione permanente (affari costituzionali, affari della presidenza del consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione), 15/10/2013.

⁹³² Vuelvo a transcribir el texto del art. 414 Cp.:

«Articolo 414.:

Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione:

1) con la reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti;

2) con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a lire quattrocentomila, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni.

Se si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni, si applica la pena stabilita nel n. 1.

Alla pena stabilita del n. 1 soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti.

Fuori dei casi di cui all'articolo 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità la pena e' aumentata della metà.» (Fuente: Diritto24:

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/codici/codicePenale/indice/articolo.637.1.4.0.html>).

Para un estudio más desarrollado del mismo, *vid. supra* epígrafe 2.1.1 en este Cap.

“Fuori dei casi di cui all’articolo 302, se l’istigazione o l’apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo, crimini di genocidio, crimini contro l’umanità o crimini di guerra, la pena è aumentata della metà”».

La propuesta de la Comisión mejora sin lugar a dudas el confuso precepto que había sido presentado por la senadora AMATI, aunque también presenta sus escollos. El delito del art. 414 Cp. it. tiene como objeto la tutela del «orden público», de forma que se aleja de la finalidad propia de la legislación anti-racista a la que se incorporaría el castigo de las conductas negacionistas, tal y como ha previsto la Decisión marco europea. Algo que se ve también en que no se recoja ninguna de las cláusulas que caracterizan a este tipo de delitos, como son la fijación de unos «grupos diana» o unas particularidades motivaciones racistas. Además, en cuanto a la descripción de la acción típica, el artículo 414 Cp. castigaba ya antes la instigación y la apología al delito, con las dificultades ya estudiadas, a lo que añade ahora la «negación de la existencia de los crímenes de genocidio y contra la humanidad o de guerra». En primer lugar, en su relación con la Decisión marco, las acciones típicas no satisfecerían las exigencias de la misma, ya que sólo se castiga la pura negación, pero no otras conductas de grave trivalización, y la «apología» se castigaría pero en la cláusula general de la «apología al delito». En segundo lugar, la Comisión del Senado propone el castigo del negacionismo en su sentido más puro, sin prever ninguna cualificación ofensiva: la sólo negación de la existencia de los crímenes justificaría el castigo penal. Se presume de esta manera, como ocurría con el delito de difusión de ideas racistas, que la negación de estos crímenes resulta por sí misma reprochable penalmente. Sin embargo, tales delitos de mera conducta ofensivos por el puro contenido de las ideas transmitidas deben entenderse incompatibles con el reconocimiento de la libertad de expresión en un ordenamiento abierto, tal y como vengo sosteniendo en el presente trabajo⁹³³. En tercer lugar, el tipo penal propuesto tampoco exige que se dé «públicamente», lo que puede plantear la posible sanción de expresiones negacionistas «privadas». En cuanto a la pena, ésta sería de prisión de uno a cinco años, aunque puede plantearse la duda de si también para la negación sería aplicable el incremento dispuesto para la instigación y la apología referido para los delitos de terrorismo, de genocidio, contra la humanidad y de guerra. En cualquier caso, la pena dispuesta superaría el marco indicado «como mínimo» por la Decisión marco, que exige que la pena máxima para las conductas de negacionismo esté entre uno y tres años de prisión.

⁹³³ A este respecto, *vid. supra* epígrafes 1 y 2 en este Cap.

Por todo lo cual, tampoco la redacción propuesta por la Comisión del Senado parece convencer ni desde un punto de vista de adecuada técnica legislativa pero tampoco en un juicio sobre la necesaria ofensividad de la conducta para justificar un límite a la libertad de expresión reconocida en el art. 21 Cost. it. Se trata, en cualquier caso, de una tramitación todavía muy abierta, como prueba que haya sido abocada al pleno del Senado. Así, la ponente de la misma ante el Senado, la senadora CAPACCHIONE, destacaba el peligro que existe en nuestras sociedades ante la extensión de los movimientos xenófobos, si bien reconocía que se venía a configurar un delito de opinión que provocaría un potencial conflicto con la libertad de expresión. Concluía auspiciando «che il passaggio in Assemblea possa consentire un dibattito ancora più ricco che, eventualmente, potrà condensarsi anche nell'approvazione di utili proposte emendative riferite al testo, tenendo comunque presente il monito di Albert Camus, il quale diceva che “il bacillo della peste non muore né scompare mai” e che per questo un topo morto non è solo un topo morto ma il sintomo della malattia, il segnale dell'epidemia che cova e che può riesplodere all'improvviso, ancora più virulenta e mortale»⁹³⁴. Mis augurios son, sin embargo, preciamente los contrarios y esperaría que la propuesta normativa no saliera adelante, porque, como expresaran los historiadores italianos en su manifiesto «*Contro il negazionismo per la libertà di ricerca*», la vacuna contra estas conductas debe ser cultural y social, no jurídico-penal⁹³⁵.

⁹³⁴ Intervención oral de la senadora CAPACCHIONE en el senado el 24/10/2013, en el punto «(54) AMATI ed altri. - Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale (Relazione orale)(ore 12,44)». Accesible en: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=721356>

⁹³⁵ Vid. supra nota 924 en este Cap. e infra Cap. 8, epígrafe 1.

CAPÍTULO 6

La represión penal del negacionismo en España

1. Notas introductorias sobre la libertad de expresión y de información y sus límites en la Constitución española

La Constitución española en el primer apartado del artículo 20 reconoce de manera diferenciada toda una serie de libertades o de «derechos a una comunicación libre»⁹³⁶. En particular la Constitución opta por un régimen dual⁹³⁷ al distinguir como libertades autónomas entre la **libertad de expresión *stricto sensu***, entendida como el derecho de expresar y difundir cualquier modalidad de pensamiento por cualquier medio, y la **libertad de información**, que implica el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio. Además de estas dos libertades la Constitución española recoge otros derechos relacionados con la comunicación y que, como bien señala DÍEZ-PICAZO, en rigor bien pueden ser considerados manifestaciones de las propias libertades de expresión y de información⁹³⁸. Se incluyen entre ellos la libertad de producción y

⁹³⁶ En concreto, establece el art. 20.1 de la Constitución española que: «1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades»

La expresión de «derechos a una comunicación libre» es de J. J. SOLOZABAL ECHEVARRÍA, «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, 1988, pp. 141 y 142.

⁹³⁷La doctrina española ha estado dividida entre quienes sostienen tesis unificadoras y quienes mantienen una tesis dualista, reconociendo la libertad de información como una libertad autónoma, si bien parece haberse impuesto la tesis dualista. Como afirma ARAGÓN REYES: «desde el punto de vista jurídico-dogmático es perfectamente claro que no se trata de una sola libertad o de un solo derecho, sino de dos libertades, esto es, de dos derechos rigurosamente distintos» («Delimitación, limitación y colisión de derechos en materia de libertad de información», en *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Tomo I, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 2000, p. 98). En nota posterior se recogerá la jurisprudencia al respecto. Para tener una visión general, *cfr.* A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pp. 93 y ss. y J. MARTÍN CUBAS, «La configuración de la “comunicación pública libre” en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Valencia, 1997, p.122.

⁹³⁸ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 331.

creación literaria, artística, científica y técnica⁹³⁹ y a la libertad de cátedra⁹⁴⁰, y el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas⁹⁴¹. Sobre los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional se puede cuestionar si, aunque la Constitución los denomina como «derechos», su naturaleza es tal o son más bien «garantías» a estas libertades⁹⁴². Asimismo, se pueden considerar otros derechos derivados como el derecho a la creación de medios de comunicación⁹⁴³ o el derecho de rectificación⁹⁴⁴.

⁹³⁹ Para una presentación general de estas libertades *cfr.* L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 359 y ss., A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Artículo 20. Libertad de expresión y derecho de la información. Comentario» en ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las Leyes políticas*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984, pp. 546 y ss.

⁹⁴⁰ Su interpretación ha sido bastante controvertida. El Tribunal Constitucional ha presentado la misma como un derecho de defensa, básicamente negativo, que viene a tutelar a los docentes frente a cualquier mandato que viniera a obligarles a impartir su docencia según una determinada orientación ideológica (así, STC 5/1981). DÍEZ-PICAZO señala que la libertad de cátedra viene a ser un complemento indispensable de la libertad científica y considera así que su fundamento estaría en garantizar «la búsqueda de la verdad en una sociedad abierta y, en particular, con la posibilidad de difundir los hallazgos científicos»; si bien, vista la interpretación que hace de ella el Tribunal Constitucional, asume la misma como una manifestación de la libertad ideológica (*Sistema de derechos fundamentales, op. cit.*, p. 506). FERNÁNDEZ-MIRANDA, por su parte, va más allá y define esta libertad como «garantía institucional [...] que condiciona la ordenación educativa haciendo del pluralismo interno el principio ordenador del proceso educativo, y de la que nace el derecho subjetivo de los profesores a la libertad de expresión docente» («Artículo 20...», *op. cit.*, p. 552).

En cuanto a los sujetos titulares de la misma, el Tribunal Constitucional ha extendido su reconocimiento no sólo a los profesores de enseñanzas superiores, sino también a los docentes de niveles inferiores; y no sólo a los profesores funcionarios, sino también a los profesores de centros educativos privados (STC 5/1981).

Por lo que hace al contenido de esta libertad, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que, en el caso de los centros públicos, la misma no perjudica el deber neutralidad ideológica que ha de mantener la enseñanza que emana del Estado. Del mismo modo, la libertad de cátedra tampoco ampara que los docentes a no respetar la programación general de la enseñanza, si bien ésta tampoco puede imponer al docente los contenidos valorativos de la enseñanza impartida (SSTC 217/1992 y 179/1996) En los centros privados el docente estará obligado a asumir el «ideario» del centro, entendido esto de manera negativa, es decir, el docente no podrá atacar el ideario y los valores del centro docente (STC 47/1985).

⁹⁴¹ Un análisis completo de estos derechos o garantías constitucionales se encuentra en A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, pp.171 y ss.

⁹⁴² LÓPEZ GUERRA los ha denominado «derechos constitucionales de los periodistas» (*Derecho Constitucional*, Vol. I., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 297), aunque su función se acerque más a la de «garantía institucional del libre y efectivo ejercicio del derecho a la información» (A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Artículo 20...», *op. cit.*, p. 540).

⁹⁴³ Aunque la Constitución no reconoce expresamente un derecho a la creación de medios de comunicación el Tribunal Constitucional afirmó este derecho de manera muy temprana, declarando que se trataba de un «derecho implícitamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución de crear los soportes de la comunicación libre que el citado precepto garantiza» (STC 12/1982, FJ. 3º). Sin embargo, a pesar de esta afirmación inicial, el Tribunal Constitucional concluía a continuación que este derecho tenía «indudables límites» y que al tratarse de un derecho derivado era admisible

En esta presentación se pretende así esbozar unas notas introductorias sobre la delimitación y limitación de las libertades de expresión y de información en el marco constitucional español, empezando con unas breves aclaraciones terminológicas. A partir de ello se profundizará en las dimensiones, naturaleza y los valores que fundan el reconocimiento de estas libertades, para entonces describir de manera algo más precisa su ámbito, desde una perspectiva tanto interna como externa, en relación a los conflictos típicos a los que el ejercicio de las mismas suele dar lugar.

que las garantías constitucionales operen con una «menor intensidad» (SSTC 12/1982, 206/1990, 119/1991, 31/1994). De manera que, aunque el Tribunal ha reconocido este derecho a la creación de medios de comunicación, ha admitido un cierto control administrativo previo en el ámbito de la radiotelevisión mediante la exigencia de licencias y autorizaciones para la creación de medios en este ámbito, en aras de garantizar el pluralismo en un medio cuyo acceso venía estando restringido por motivos técnicos.

Acerca del derecho a la creación de medios informativos y los problemas constitucionales que ha presentado, *vid.* el completo estudio de F. J. BASTIDA FREIJEDO, «Problemas constitucionales de la creación de empresas informativas», *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, 1996, pp. 11-48. También se puede encontrar un interesante análisis de las distintas fases que se han planteado en esta evolución del derecho a crear medios informativos en la radiodifusión, en M^a. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, Madrid, 1998, pp. 46 y ss.; y en A. AGUILERA FERNÁNDEZ, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*, Comares, Granada, 1990, pp. 21-33. Algunos aspectos más concretos son analizados en J. ROMERO RODRÍGUEZ, «Libertad de establecimiento y desarrollo de televisión local y ordenamiento español», *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, 1996, pp. 297-328; y J. GARCÍA ROCA, «¿Existe un derecho a crear televisión?», *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, 1996, pp. 147-182

⁹⁴⁴ El derecho de rectificación viene regulado por la Ley Orgánica 2/1984, de 23 de marzo, y, aunque no tiene reconocimiento constitucional expreso, sí que se encuentra íntimamente en relación con las libertades de expresión y de información, si bien su naturaleza y fundamentación son muy discutidos. Según un sector doctrinal, este derecho de rectificación reviste la naturaleza como derecho fundamental (así, M. CARRILLO, «Derecho a la información y veracidad informativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, 1988, p. 191). Otros autores ven el mismo como una garantía de la veracidad informativa (cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Artículo 20...», *op. cit.*, p. 538; y C. CHINCHILLA MARÍN, «Sobre el derecho de rectificación (en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1986, de 22 de diciembre)», *Poder Judicial*, n. 6, 1987, pp. 74 y 75). También se presenta el mismo como un límite al derecho a la libre información (X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidación e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991, p. 27). G. BOUZAT, «Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, p. 98, hace un planteamiento interesante al defender un «derecho de réplica» como mecanismo institucional para ampliar el debate público. Tomando la definición que ofrece MAGDALENO ALEGRÍA, éste consiste «en la facultad otorgada a toda persona natural o jurídica de rectificar una información difundida por cualquier medio de comunicación social sobre hechos que le aludan, que considere inexactos o erróneos, y cuya divulgación pueda causarle algún perjuicio» (*Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 223).

1.1. Precisiones terminológicas y conceptuales sobre la delimitación y limitación de derechos fundamentales (a modo de excursu introductorio)

Cuando se realizó el estudio de la libertad de expresión en el Capítulo 5 ya fueron introducidas algunas precisiones terminológicas en relación a esta cuestión, si bien parece conveniente volver ahora con mayor detalle atendiendo especialmente a la doctrina española, aunque sin pretender entrar en el núcleo de la discusión doctrinal por exceder el propósito del presente estudio⁹⁴⁵. Este apartado pretende cumplir una función de excursu introductorio en el cual, además, se tomará cierta posición de fondo –aunque de forma un tanto «cautelar»⁹⁴⁶-. Así las cosas, como se ha venido haciendo hasta el momento, se distinguirá entre delimitación (interna), secundando la posición hoy día imperante en España que asume una concepción amplia de los derechos fundamentales⁹⁴⁷, y

⁹⁴⁵ A este respecto, sobre la delimitación de los derechos fundamentales las referencias bibliográficas son muy extensas. Para el presente trabajo se han estudiado en particular, L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 98 y ss.; L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, 1993, pp. 9-34; M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; y ÍD., «La articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de las libertades de expresión e información», pp. 1669-1699; L. M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.; M. ARAGÓN REYES, «Delimitación, limitación y colisión de derechos en materia de libertad de información», *op. cit.*, *in toto* y ÍD., «El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información», en R. MORODO LEONCIO y P. DE VEGA GARCÍA (coord.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Vol. 3, 2001, pp. 1505-1528; y A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁴⁶ Me aventuro a presentar este excursu sabedor de que el mismo afronta densas problemáticas constitucionales que exigirían un análisis mucho más riguroso. Reconozco, además, que el enfoque de estas cuestiones de teoría general viene influenciado, más que de un estudio sistemático de la completa bibliografía que ha afrontado esta materia y que aquí sólo afronta de manera muy sesgada, por un intento «intuitivo» de resolver ciertos problemas prácticos con los que me he encontrado en relación con el enjuiciamiento de la legitimidad constitucional de los delitos de opinión. A la luz de del mismo creo que se podrá comprender mejor la orientación que se ha ido dando al trabajo y sirva también como borrador de un propósito investigador en el que esbozo unas primeras ideas todavía necesitadas de maduración y estudio.

⁹⁴⁷ En este sentido son representativas, entre otras muchas, las SSTC 110/1984, FJ. 4º, 22/1984, FJ. 2º o 142/1993, FJ 8º. A este respecto, *cfr.* M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss., especialmente su análisis de la posición del Tribunal Constitucional español; A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, que analiza tanto la teoría interna como externa de los derechos fundamentales, posicionándose a favor de esta última; o L. M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 115 y ss., que afirma la conveniencia de una delimitación amplia para luego en una segunda fase proceder a la limitación. En España, ha sido principalmente DE OTTO quien más crítico se ha mostrado con ello, advirtiendo los «riesgos que acompañan al procedimiento aparentemente más *pro libertate* de tratar como

limitación (externa) de las libertades⁹⁴⁸. Tal distinción va a permitir definir el espacio garantizado constitucionalmente *prima facie* (delimitación), de forma que las limitaciones (externas) que se pretendan imponer al mismo deberán ser respetuosas con los «límites de los límites»⁹⁴⁹.

La **delimitación** es entendida como la definición del derecho o libertad, su ámbito inicialmente protegido *-prima facie-* y las facultades que lo integran⁹⁵⁰, en

problemas de limitación de los derechos cuestiones del todo ajenas a ello» (L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, p. 149).

⁹⁴⁸ Para aclarar la terminología que usaré me acojo en este punto a la síntesis de la problemática que realiza MAGDALENO ALEGRÍA: «se considera que los derechos fundamentales se encuentran delimitados internamente y limitados externamente. Se identifica la delimitación de un derecho fundamental por parte de la Constitución como la definición inicial de las facultades que lo integran. Por el contrario, cuando se limita un derecho fundamental se hace desde el exterior al mismo, y se restringen sus iniciales facultades con el objeto de compatibilizarlo con los derechos de los demás o de asegurar la protección de otros bienes o valores constitucionalmente reconocidos» (A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 114). *Cfr.* también L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

⁹⁴⁹ Sobre los «límites de los límites», entre otros muchos, *vid.* L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 25 y ss.; A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, pp. 258 y ss., M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, pp. 115 ss., o L. M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 119 ss.

⁹⁵⁰ ARACÓN REYES la identifica del siguiente modo: «La delimitación viene a marcar el contenido del derecho, su ámbito, el tipo de conductas que en el derecho se incluyen y, por lo mismo, las que en el derecho se excluyen» («Delimitación, limitación y colisión de derechos en materia de libertad de información», *op. cit.*, p. 103). MAGDALENO ALEGRÍA precisa más: «[l]a delimitación de un derecho comprende tres componentes: en primer lugar, el elemento objetivo del derecho, que hace referencia al objeto del derecho, al conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad de que éste otorga a sus titulares. En segundo lugar, el elemento subjetivo, que se corresponde con el conjunto de sujetos activos y pasivos del mismo. Y en tercer lugar, el elemento formal, que lo constituyen las garantías específicas que pueda poseer el derecho fundamental en concreto» (*Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 107). En este estudio se centrará en el primero de los aspectos, el objetivo, para tratar de definir ese ámbito de inviolabilidad que *prima facie* reconoce la Constitución al ejercicio de un derecho o libertad. MEDINA GUERRERO lo define como «el sector de la realidad formado por el conjunto de facultades y poderes directamente relacionado con el interés individual que da vida a cada derecho fundamental, en el cuál únicamente es dable –de ahí que sea un contenido sólo protegido *prima facie-* aquella ingerencia estatal que satisfaga las condiciones constitucionalmente establecidas» (sic) (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 11).

Sería también importante para evitar confusiones marcar las diferencias con respecto a la terminología utilizada por L. M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 115 y ss. Según este autor «se hablará de “delimitación” para designar aquellas intervenciones tendentes a completar la indeterminación del texto constitucional, fijando hasta dónde llega un derecho»; frente a «restricción» (término que el autor prefiere sobre el de «límites» o «limitaciones») que referiría «cualesquiera medidas, de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad de un derecho» (*ibidem*, p. 115). A partir de ello distingue entre el «núcleo de certeza» y el «halo de incertidumbre» de un derecho. Tal distinción nace de la «indeterminación» en la definición del propio derecho.

Pues bien, el punto de atención será puesto a partir no de la «indeterminación» en los enunciados, sino en la definición abstracta o ideal de los correspondientes espacios dados por los

atención a su configuración interna (lógica). La delimitación ofrece «el ámbito máximo de extensión de un derecho fundamental»⁹⁵¹.

Esta configuración del contenido de la libertad viene dada por los llamados «límites internos», que «se derivan de la propia naturaleza del derecho y actúan desde dentro del derecho»⁹⁵². Un ejemplo podría ser la «veracidad» para la libertad de información. En relación con los límites internos se encuentran los «límites directos»⁹⁵³ o los «límites necesarios», estos últimos en terminología del Tribunal Constitucional⁹⁵⁴. Sea advertido que se utiliza el término límites internos, aún a sabiendas de lo impropio de calificarlos como «límites» cuando, en realidad, no son auténticos «límites», sino más bien «presupuestos» del propio derecho⁹⁵⁵. Téngase en cuenta que los «límites internos» son aquellos que definen el «contenido» del propio derecho y, por tanto, en sí mismos no «restringen», sino que «definen»⁹⁵⁶.

límites lógicos y externos al derecho fundamental. De tal suerte que la labor de «delimitación» pretende dar idea de ese espacio *prima facie* protegido, mientras que la «limitación», a través de unas reglas abstractas, tratará de dar luz en el «espacio de colisión» entre los derechos y libertades en conflicto. Tal «espacio de colisión» normalmente entrará dentro del «halo de incertidumbre» del derecho, ya que la Constitución no suele preestablecer de manera precisa unas reglas para la resolución de estos conflictos sino que, como mucho, indica los bienes que expresamente pueden actuar como límites y fija algunas garantías formales. Pero aquí, como se ha dicho, lo que preocupa son las reglas que permitan en sentido objetivo definir ese «espacio de colisión» para conocer el «ámbito de inviolabilidad» efectivo (definitivo) del derecho en cuestión.

⁹⁵¹ A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 107. Por su parte, MEDINA GUERRERO se refiere a éste como el «contenido constitucionalmente protegido» o «contenido total» (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 170).

⁹⁵² A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁵³ MEDINA GUERRERO denomina «límites directos» a aquellas «reducciones del ámbito de los derechos que el constituyente decide incorporar expresamente a fin de proteger los intereses generales» (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 15). Más adecuada me parece la distinción ofrecida por F. MANTOVANI que diferenciaba entre «límites lógicos» que emanan de la consideración a los valores e intereses que subyacen al propio reconocimiento del derecho o libertad, y «límites exegéticos» que encuentran su base en la propia formulación literal del derecho pero fuera de las exigencias derivadas para la tutela de otros intereses ajenos a la naturaleza y génesis del mismo («Diritto alla riservatezza...», *op. cit.*, p. 40). *Vid.* nota n. 689 en Cap. 5.

⁹⁵⁴ Señalaba el TC que los derechos fundamentales «tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos» (STC 5/1981, FJ. 7º). A este respecto, *cfr.* la posición de DE OTTO (*Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, pp. 137 y ss.)

⁹⁵⁵ Así los califica, como «presupuesto de ese derecho [la veracidad con respecto a la libertad de información]», M. ARAGÓN REYES, «El derecho al honor...», *op. cit.*, p. 99.

⁹⁵⁶ Como expresa MEDINA GUERRERO, «el concepto de *limitación* del derecho no debe confundirse con el de *delimitación* del mismo; pues el límite presupone necesariamente la previa existencia de un contenido constitucionalmente protegido ya fijado –esto es, delimitado– por la Constitución, dentro del cual, proyectándose desde el exterior, opera precisamente el límite. El límite, por definición, no puede formar parte del “contenido constitucionalmente protegido”» (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 22). Parcialmente distinta es la posición de DE OTTO para quien la limitación es algo externo al derecho, aunque ello a su juicio resulta impreciso en la medida que la

De ahí que la operación de «delimitación» tenga una naturaleza más propiamente «interpretativa», busca hallar el «contenido» del derecho⁹⁵⁷.

Por otro lado, entiendo por **limitación** la operación lógica de reconocimiento y fijación de límites externos⁹⁵⁸ a través de la ponderación de los bienes en conflicto según unas pautas constitucionales⁹⁵⁹, conducente a la

Constitución reconoce o incluye la limitabilidad como uno de los elementos del propio derecho, por lo que «[l]o que se quiere expresar al calificar la limitación como operación llevada a cabo desde el exterior del derecho es su carácter *constitutivo* del límite, y no meramente *declarativo* de un límite preexistente» (p. 152); de forma que lo que para este autor en rigor lo que en muchos casos se considera limitación sería delimitación. La diferencia, como se verá, radica en que en este trabajo se mantiene una delimitación amplia del contenido inicialmente protegido del derecho, que luego es limitado por bienes externos para dar lugar a un contenido definitivo de protección; mientras que DE OTTO directamente procede a delimitar ese contenido definitivo de protección en consideración a los límites necesarios, que le sirven a integrar conflictos que para mí serían externos.

⁹⁵⁷ Según MEDINA GUERRERO «[l]a delimitación del contenido protegido *prima facie* por la Constitución es el resultado de interpretar a la luz de los tratados internacionales ratificados por España, los «límites necesarios» y los «límites directos». Es, pues, la Constitución por sí sola la norma que, por lo general, procede a delimitar el contenido de los derechos» (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 22). Creo, en cualquier caso, que habría que poner énfasis en que la delimitación busca penetrar en la «esencia» de la propia libertad, algo que mueve a tener que considerar los valores que están en su base fundando la protección constitucional.

⁹⁵⁸ En realidad, la «limitación», aunque normalmente se plantea como «unidireccional», es decir, como «restricción» de uno de los «derechos» en conflicto, sin embargo opera sobre los dos, ya que lo que traza es la línea fronteriza en la colisión entre los mismos. Valgan como ejemplo las palabras del Tribunal Constitucional en su sentencia 104/1986, en las que se pone de manifiesto ese carácter bidimensional de los límites: «El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades [...] sino que según el art. 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [...] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otra» (FJ. 5º).

⁹⁵⁹ La ponderación exige, como previo lógico, identificar y delimitar los bienes con los que puede entrar en conflicto el ejercicio de estas libertades, para luego proceder a «pesar» unos y otros para determinar la *prevalencia* según el caso y las circunstancias. Esta forma de enjuiciamiento se observa de manera meridiana, entre otras, en la STC 76/1995: «Una vez despejadas las dos incógnitas previas, que no eran sino la identificación de la libertad en juego y el contenido del derecho que le sirve de límite, el paso siguiente habrá de ser la ponderación de una y otro, sin olvidar su distinto peso específico» (STC 76/1995, FJ. 5º). Pero, *¿cómo se determina el «peso» que corresponde a cada bien para inclinar la balanza a un lado u otro?* En primer lugar, el Tribunal Constitucional señala que cada bien puede tener su propio «peso específico», el cual, por ejemplo, en el caso de las libertades de expresión y de información vendría dado porque no sólo son derechos fundamentales, sino que además cuentan con un valor adicional en garantía de una opinión pública libre. Ahora bien, tal mayor «peso específico» no le da una «prevalencia» absoluta, sino que requiere que se haga un análisis más metódico «para sopesar los derechos en tensión [...] atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con tres criterios convergentes» (STC 76/1995, FJ. 5º). En sentido similar afirmaba en la STC 176/1995 que «[el análisis para sopesar los

restricción del ámbito de protección *prima facie* de un derecho⁹⁶⁰. Su función es,

derechos en tensión ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con una *panoplia de criterios* convergentes» (FJ. 4º) –cursivas mías-. *Cfr.* también, STC 170/1994, FJ. 3º. De manera que para valorar las «circunstancias concurrentes en cada caso», se hace necesario atender a una serie de «*criterios generales*» (el Tribunal mencionaba en el caso «el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido»). Así las cosas, se puede entender que el peso específico de una libertad o derecho vendrá dado por los bienes o valores que dan sentido a su protección constitucional, pero éste no «garantiza» una protección absoluta frente a otros bienes constitucionales, por lo que para acometer la ponderación habrá que valorar también otros elementos, identificados según unas reglas o pautas generales, que obligan a considerar también las concretas circunstancias del caso. Como ha indicado MEDINA GUERRERO, en el juicio de «*ponderación constitucionalmente adecuada*» a través del que el Tribunal Constitucional controla la aplicación de la legalidad por los jueces cuando estén en juego derechos fundamentales, se pueden distinguir dos «momentos» lógicos: en primer lugar, «*la ponderación de reglas o ponderación abstracta*», que incluiría la identificación de las «pautas o parámetros esenciales» (STC 107/1988, FJ 2º) o la «serie de criterios o pautas» (STC 15/1993, FJ. 2º), y, en segundo, la «*ponderación orientada al caso en concreto*», en la que verifica la correcta aplicación a las circunstancias concurrentes en el caso («La articulación de las jurisdicciones...», *op. cit.*, pp. 1688 ss.). Es aquella, la «ponderación de reglas», la que a mi juicio puede ayudar a sortear las objeciones planteadas por DE OTTO al juicio de ponderación (*Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.), como se seguirá estudiando.

Admitido que existe una «orientación constitucional» de la operación lógica de ponderación de limitación de un derecho fundamental, lo cual se plasma en ciertas «pautas» o «parámetros» esenciales que el Tribunal Constitucional ha reconocido y los cuales han de ser respetados por los jueces en su «ponderación orientada al caso en concreto»; la cuestión está entonces, como se verá en las siguientes notas, en centrar a quién le corresponde «identificar» y «concretar» tales «pautas» o «reglas» constitucionales que definen la ponderación (legislador, jueces o Tribunal Constitucional) en la limitación de los derechos.

Por su parte, ARAGÓN REYES distingue, entre la posibilidad de una limitación «de manera general (esto es, legislativamente) o de manera coyuntural (esto es, sólo en un supuesto aplicativo);» y añade «[u]na cosa es, pues, la limitación general, que la determina el legislador (para preservar otros derechos o bienes constitucionales según el principio de proporcionalidad) y otra bien distinta es la limitación coyuntural, o más propiamente limitación por colisión, que la aprecia el juez en cada caso, haciendo prevalecer, ante el conflicto, el derecho que, en ese caso concreto (mediante un juicio de ponderación de bienes), estima de aplicación preferente» («Delimitación, limitación y colisión de derechos en materia de libertad de información», *op. cit.*, p. 104). Pues bien, en mi opinión, la operación lógica de «limitación» comparte un fundamento común, ya sea aquella acometida por el legislador como cuando son los jueces los que proceden a fijar el límite a un derecho por colisión. Y es que el legislador para fijar el límite también tiene que reconocer la colisión con otro derecho o valor constitucional y debe concretar unas reglas en la norma limitativa que serán expresión del juicio de prevalencia. De ahí que reúna ambas operaciones en aquello que he denominado «limitación».

⁹⁶⁰ «Limitación», según de DE OTTO, «entendida en el sentido propio del término, es una reducción impuesta exteriormente la contenido del derecho o la libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional» (*Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, p. 152 –sic-). El matiz en mi definición viene dado porque se restringe el «contenido *prima facie*» protegido por el derecho a través de una operación de «ponderación constitucionalmente orientada».

por tanto, afrontar la «colisión aparente»⁹⁶¹ entre los bienes en conflicto para lograr su armonización, sin que deba ser considerada *a priori* como una operación «odiosa»⁹⁶², y, a mi entender, deberá ser al legislador, y no a los jueces (ni siquiera al juez constitucional)⁹⁶³, a quien *principalmente* corresponda acometer tal

⁹⁶¹ STC 170/1994, FJ. 3º.

⁹⁶² Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha titubeado a este respecto. Por un lado, ha reconocido que «[t]anto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en los que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconsejan su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones [...] son igualmente considerados como fundamento del orden público y de la paz social». Y añadía «Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente». Pero, acto seguido, advertía que «[c]omo resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable, a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (STC 159/1986, FJ. 6º; también, SSTC 20/1990, FJ. 4º; y 8º).

Como entiende que deberán ser interpretados «con criterios restrictivos», el Tribunal parece no tener en cuenta ese carácter bidireccional de los mismos, en el que el establecimiento de un límite es la consecuencia de la protección de otro bien constitucional, e incluso de otro derecho fundamental, que puede *no merecer* tal interpretación restrictiva. A mi juicio *se trata de una operación de «armonización» y no estrictamente de «restricción»*. Como expresa GARCÍA HERRERA, aunque desde una perspectiva interna, los límites no pueden concebirse «como simples roedores que engullen los derechos fundamentales» («Estado democrático y libertad de expresión (I)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 64, 1989, p. 162). Es por ello que lo que debe abrirse es un «proceso dialéctico» en el que los derechos y sus límites legales deben condicionarse y modularse mutuamente» (M. MEDINA GUERRERO, «La articulación de las jurisdicciones...», *op. cit.*, pp. 1684). Tal mandato de interpretación restrictiva debe ser interpretado entonces como una indicación a los jueces para que «al acometer la interpretación de la legalidad ordinaria, no ignoren el “peso” del derecho fundamental» (*ibidem*, p. 1684).

⁹⁶³ En este sentido, VIVES ANTÓN se ha mostrado muy crítico con que esta labor quede en manos de los jueces ordinarios: «la solución de las concretas colisiones entre ambos derechos no puede quedar librada al criterio de un juez ordinario, ni siquiera al de los Jueces Constitucionales. En efecto, un conflicto de derechos ha de solucionarse, necesariamente, mediante el sacrificio parcial de alguno de ellos. Ese sacrificio representa una limitación del derecho. A tenor de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución Española, las reglas para solventar los conflictos entre derechos fundamentales solamente puede establecerlas la Ley. El Juez ha de limitarse a aplicarlas, sin que le esté permitido actuar como legislador, orientando sus decisiones con su propio criterio. Claro es que habrá de valorar la constitucionalidad de los criterios legales; pero la tesis de la ponderación conduce, como destaqué en otro lugar, al indeseable resultado de que la ley es constitucional o inconstitucional según se ajuste o no a las ideas valorativas de los jueces» («Libertad de expresión y derecho al honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, p. 254; cfr. también, o ÍD., «La libertad de expresión e información...», *op. cit.*, p. 119). O J. C. CARBONELL MATEU: «De ahí que sean rechazables, en esta materia, las ambigüedades o las remisiones genéricas a la ponderación judicial» («Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del derecho penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, n. 33, 1993, pp. 133).

operación lógica de limitación de una libertad fundamental⁹⁶⁴, siguiendo una «ponderación constitucionalmente orientada»⁹⁶⁵, que tampoco ha de confundirse

⁹⁶⁴ Es al legislador a quien, por mor de las reservas de ley de los art. 53.1 y 81.1 CE, le corresponde *primordialmente* esta labor de limitación de los derechos fundamentales, en definitiva, la tarea de trazar la frontera en las áreas de conflicto entre los mismos. Es verdad que, como expresara MUÑOZ MACHADO, «[l]as leyes, civiles y penales, pueden, desde luego, mejorarse. Pero en la ponderación de los contenidos y límites de la libertad de prensa en relación con el derecho al honor, la valoración de cada caso concreto, hecha por los jueces, es un método insustituible» (*Libertad de prensa...*, *op. cit.*, p. 16). Ello porque los «supuestos de hecho» de las normas que pretenden resolver conflictos entre derechos fundamentales al final resultan por su propia esencia «porosos». Sin embargo, tal conclusión no debe llevar a dejar de exigir, como el propio MUÑOZ MACHADO hace, mayor precisión en la definición, cuanto menos, de unas «reglas» o «pautas» que presidan la ponderación en los conflictos típicos, de forma que la labor de los jueces, si no puede ser de pura «subsunción», al menos quede circunscrita a la mera «ponderación orientada al caso concreto» sobre tales parámetros ya definidos legalmente. Comparto así las conclusiones de ROLLA quien advierte que en la técnica de ponderación es «preferible orientar la decisión del juez, enmarcándola dentro de un sistema de parámetros previamente establecidos, bien por el legislador o por la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional o de la casación. Se trataría, pues, que la ponderación no llevase caso por caso, sino sobre la base de orientaciones consolidadas o de disposiciones normativas concretas (*definitional balancing*). Se ha subrayado con ello, de modo concreto, la importancia de una regulación legislativa, que parece necesaria tanto para delimitar el contenido de cada uno de los derechos constitucionales de la persona, como para favorecer la ponderación en situaciones subjetivas susceptibles de entrar en conflicto». Aunque reconoce que «[u]na definición meramente legislativa de los criterios de ponderación podría, no obstante, resultar ineficaz, dado que los aspectos que de modo mas caracterizado innovan los límites del ejercicio de los derechos no suelen ser estáticos ni rígidos en el tiempo» (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, p. 161).

⁹⁶⁵ En tal sentido señala MEDINA GUERRERO que «[e]s, pues, únicamente la norma constitucional la que provee la sustancia de la que se componen los límites de los derechos, encargándose el legislador de darles forma y engastarlos en su contenido» (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 74); y de ahí que me refiera a una «ponderación constitucionalmente orientada». También cfr., con importantes matices, el juicio de adecuación propuesto en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, pp. 120 y ss. y A. MORRONE, «Bilanciamento (giustizia cost.)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. II, T. II, Anali, Milán, pp. 185-204, en especial apartados 6º y ss., donde señala los «binarios» en los que puede encajarse la ponderación del legislador y particularmente identifica que el primer perfil en la conclusión del juicio de ponderación debe ser relativo a la dimensión constitucional de los intereses en juego y su relación recíproca la cual se debe deducir interpretando el ordenamiento constitucional. Así las cosas, a mi entender lo importante es, en primer lugar, resaltar que, aunque el legislador tenga un amplio margen de discrecionalidad en la limitación del derecho y pueda optar entre diferentes soluciones válidas, sin embargo hay que enfatizar que deberá buscar las respuestas dentro del «marco» definido por la Constitución. Con ello quiero decir una cosa muy precisa: la «base» o el «metro» de la ponderación que tome el legislador debe hallarlo, no en criterios para-constitucionales, sino *en elementos de juicio constitucionalmente orientados*: tendrá que atender a la letra de la Constitución, al «peso específico» derivado de la fundamentación de cada libertad y a circunstancias acordes con el orden axiológico definido por la Constitución. Y, en segundo lugar, con esta «ponderación constitucionalmente orientada» el legislador deberá, si no puede definir unos «supuestos de hecho» claramente determinados, al menos sí fijar unas «reglas», como las que ha asentado el Tribunal

con la técnica judicial del «*balancing of interest*»⁹⁶⁶. De manera que con esta «orientación constitucional» de la operación de limitación, que vincula a los jueces pero también al legislador al limitar el derecho⁹⁶⁷, se trata de evitar que tal

Constitucional para resolver los conflictos típicos, pero que en este caso quedarán positivadas en la configuración de la norma, como se ha señalado anteriormente. Siendo una norma penal, estas «reglas» serían elementos definitorios de la «tipicidad» de la conducta⁹⁶⁵. De tal suerte que los «supuestos de hecho» de las normas que actúan como «límite» de un derecho fundamental debieran ir más allá de la mera identificación de los bienes constitucionales en conflicto y de un genérico reclamo a su ofensividad (lesionen, ofendan...), siendo deseable que en el «supuesto de hecho» de las normas quedaran como mínimo bien definidas esas «reglas» o «parámetros» sobre los que luego se deberá basar el enjuiciamiento del «caso en concreto». De lograrse esto se evitaría que el Tribunal Constitucional tuviera que suplir al legislador definiendo él las «reglas abstractas», y que los jueces tengan que navegar en una ponderación «indeterminada» y al menos cuenten con unas «reglas» precisas que den indicaciones para resolver la ponderación en los conflictos típicos, ya que parece imposible llegar a definir «supuestos de hecho» que permitan la estricta «subsunción» (L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales, op. cit.*, p. 123).

⁹⁶⁶ La ponderación se trata de una técnica usual en la práctica del Tribunal Constitucional pero que principalmente como «técnica» orientada a la resolución del «caso en concreto» y no tanto desde una perspectiva «abstracta» o «general». Es por ello que en algunas ocasiones cuando se habla de «ponderación» se asocia directamente a la técnica del «*balancing of interest*» (así lo destaca, por ejemplo, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites...*, *op. cit.*, p. 15). Aquí me refiero a la «ponderación» como «operación lógica» en la que se «pesan» los bienes o derechos que se contraponen en sentido «abstracto» o «general», previo a la resolución de un concreto caso y sin atender a sus circunstancias, sin perjuicio de que, como se ha visto, a la hora de definir el límite se fijen ciertas «pautas» o «criterios» en relación con circunstancias concretas cuya valoración sea necesaria tener en cuenta en cada caso para decidir la resolución del concreto conflicto. Como expresa MAGDALENO ALEGRÍA «[I]o característico de la ponderación es que no aporta una solución definitiva para todos los casos en que se suscita el conflicto, sino que se da una preferencia relativa en el caso concreto. Se trata de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes en conflicto, se produce una preservación en el ámbito abstracto de los dos, pero en el caso en concreto, según las circunstancias, se reconoce la primacía de uno u otro» (*Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 265). Pues bien, en este caso la «ponderación» que el legislador debe hacer, aunque no logre una solución definitiva, sí que al menos debe ser capaz de identificar unas «reglas» lo más precisas posibles para la resolución del caso en concreto. Luego serán los jueces los encargados de aplicar tales reglas al caso en concreto. Como expresa MORRONE: «Il conflitto di diritti e interessi costituzionali può essere composto, con il bilanciamento, attraverso un processo ermeneutico di ricerca della *regula iuris* che utilizza a questo scopo la totalità dei dati dell'esperienza giuridica» («Bilanciamento...», *op. cit.*, p. 197).

⁹⁶⁷ Por tanto, el problema no creo que esté en que las colisiones entre derechos fundamentales se resuelvan según una operación de «ponderación» de los intereses en juego (L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución, op. cit.*, pp. 120 y ss.; o S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa...*, *op. cit.*, p. 16); sino que, como se ha visto, la cuestión estaría, en primer lugar, en a quién corresponde acometer tal enjuiciamiento que supone una operación de «limitación» de un derecho fundamental y, por ende, la labor de «fijación» de un «límite» a los mismos, al menos en la dimensión de las «reglas» o «pautas» típicas. En otras palabras: la «concretización» de los límites al ejercicio de una libertad, que aquí he llamado operación de «limitación», es una tarea del legislador; si bien ello no impide reconocer que tal operación consiste en una «ponderación» de los bienes en juego «constitucionalmente orientada» que tendrá como resultado la positivación de unos «cánones» o «pautas» para identificar qué conductas quedan o no protegidas de manera

operación de «ponderación» se resuelva obviando los «datos jurídico-positivos presentes»⁹⁶⁸ y se convierta en un «trabajo de Sísifo»⁹⁶⁹, «en [el] que todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos», los cuales terminen poniendo en peligro «la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica», con una falta de «razonamiento verdaderamente constitucional»⁹⁷⁰.

El «límite» sería así la «concreción» del resultado de tal ponderación que conlleva la restricción del contenido inicial de un derecho⁹⁷¹. La constitución normalmente resulta incompleta a la hora de «fijar» los límites y no suele ir más allá de apuntar el bien o valor que se puede contraponer como fundamento del mismo⁹⁷². De ahí que en ocasiones se identifique «límite» con el «valor» del que

efectiva por el ejercicio de una libertad, algo que será entonces competencia del juez. No niego tampoco que, como afirma L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 341 y ss., en ausencia de ley, pueda tener que admitirse que sea el juez el que directamente proceda a la ponderación y consecuentemente a la restricción de la libertades de expresión y de información en aras de tutelar otros valores de rango constitucional. Y, la segunda cuestión sería entonces, como se planteará a continuación, hasta qué punto tal «orientación constitucional» vincula al juez y, sobre todo, al legislador.

En cualquier caso, creo importante enfatizar, siguiendo al profesor MORRONE, que la ponderación «non è un vuoto pluralismo, bensì il processo di unificazione politica che la Costituzione prescrive. Questo valore fondamentale può essere preservato solo mediante una teoria diretta a considerare il bilanciamento come un'attività di conoscenza e di scoperta della gerarchia di interessi immanente nell'ordinamento costituzionale» (A. MORRONE, «Bilanciamento...», *op. cit.*, p. 202).

⁹⁶⁸ L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, p. 121. Y continúa advirtiendo que el problema de la ponderación de bienes es que al final «la determinación del alcance de los derechos y bienes en juego se deja a una ponderación de bienes en la que éstos se comparan sin que existan criterios teóricos reconocibles que permitan valorar correctamente sus magnitudes» (*ibidem*, p. 121)».

⁹⁶⁹ *Íbidem*.

⁹⁷⁰ *Íbidem*, p. 122.

⁹⁷¹ Asumo con matices la definición ofrecida por AGUIAR DE LUQUE para quien un «límite» es «toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados preceptos» («Los límites de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 10). El matiz está en que a mi juicio el límite es el «resultado» de tal «acción jurídica» a la que he llamado «limitación». En palabras de ARAGÓN REYES: «Los límites, en cambio, vienen a condicionar el ejercicio del derecho, esto es, a modular o “limitar” conductas que aun siendo propias del derecho (integrando su contenido) deben sufrir restricciones para que puedan preservarse otros bienes o derechos» («El derecho al honor...», *op. cit.*, p. 103).

⁹⁷² A este respecto, *vid.* L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 115 y ss. y su distinción entre el «núcleo de certeza y el halo de incertidumbre» en la definición constitucional de un derecho fundamental (*ibidem*, p. 117). Y es precisamente esta «indeterminación» la que hace que, como señala CARUSO FONTÁN, sea «necesario que las leyes que reglamentan el ejercicio de estos derechos desarrollen criterios que permitan definir sus límites» («Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología en el terrorismo)», *Revista Penal*, n. 20, 2007, p. 48); y añada refiriéndose al concreto conflicto entre libertad de expresión y honor en el ámbito penal, «lo que le corresponde al legislador penal es crear tipos delictivos que determinen cuando un

deriva (o que justifica) la imposición de éste, cuando a mi juicio son conceptos distintos. Si se quisiera presentar en sentido espacial, entiendo que el límite vendría a ser la «línea fronteriza» que define el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho, restringiendo el mismo, como consecuencia de la afectación a otro derecho o bien constitucional y que se halla a través de la operación de «ponderación» a la que aquí se llama «limitación»⁹⁷³.

De tal manera que los «límites» en sentido estricto deberán ser en todo caso

comportamiento excede los límites a la libertad de información consumando una lesión al bien jurídico honor (*ibidem*, p. 49). En esta línea se podría situar también a 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, apartado III. Me remito a lo ya dicho anteriormente en este excurso.

⁹⁷³ Se pueden tratar así de presentar los «espacios» de protección de las libertades fundamentales. Todo derecho fundamental contaría entonces con un «**contenido constitucionalmente protegido**» (o contenido total) (M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 170) o «contenido inicialmente protegido del derecho» (A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 119) o contenido «*prima facie*» protegido. Como se ha dicho, éste sería el resultado de la operación interpretativa de delimitación interna en los términos ya definida. El derecho englobaría *prima facie* tanto el «contenido esencial» del mismo como un contenido potencialmente claudicante. Se podrían dibujar, por tanto, tres espacios: el **núcleo esencial**, que por definición *no puede entrar* en conflicto con otros bienes (o que, aunque entrara, en la medida que es irreductible se puede hacer la ficción de que al menos a nivel jurídico no existe tal posible colisión), un **espacio de «colisión potencial»**, en el que el ejercicio del derecho fundamental va a poder entrar en conflicto con otros bienes o valores, y, dentro éste, un «**espacio de colisión efectiva**», en el que se verifica el conflicto con otros bienes y en consecuencia es necesario definir el límite. Distinguir estos dos espacios últimos es importante, ya que, mientras que para aquellas conductas que caigan en el «espacio de colisión efectiva» habrá que preocuparse por la «restricción» o «limitación», aquellas otras que, por más que estén dentro del «espacio de colisión potencial», no se verifique en tal conflicto, deberá optarse por el amparo constitucional de las mismas. Como señala Díez-PICAZO, para excluir del ámbito de protección proclamado *prima facie* «es preciso que haya razones que justifiquen dicha exclusión» (*Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 117).

A partir de aquí pasaría al segundo nivel, que sería el de definición del **contenido definitivo de protección** a través de la adecuada limitación. Este espacio incluiría entonces: a) el contenido esencial (intangibile); b) aquellas otras facultades (conductas) del espacio de colisión potencial que no entren en conflicto con otros bienes y valores constitucionales; y c) aquellas que, entrando en colisión, sin embargo, conforme a una ponderación constitucionalmente orientada, se entienda que han de quedar amparadas porque, aunque muestren una cierta ofensividad, ésta no es suficiente como para privarlas de protección.

Del otro lado de la frontera trazada por un límite, es decir, cuando se considere que una conducta no está amparada porque su ofensividad es tal como para dar prevalencia al bien con el que colisiona, entonces se puede afirmar que nos encontramos dentro de una acción «**constitucionalmente injusta**». Y aquí está la clave: normalmente se piensa en ello a partir de la consideración del límite prefijado por el legislador, algo que es razonable porque es a éste a quien le corresponde principalmente su determinación y por tanto decidir lo «injusto» de lo «justo». Sin embargo, creo que la cuestión se puede ver también en una dimensión constitucional.

«**externos**» (al propio derecho limitado) e «**inmanentes**» (a la Constitución)⁹⁷⁴. Los «*límites*» (*externos*) «se derivan del “ejercicio de los derechos y libertades en el seno de las relaciones intersubjetivas dentro del marco social”, y restringen el derecho desde fuera»⁹⁷⁵. Y se califican de «*inmanentes*» porque un derecho fundamental sólo puede ser «limitado» en aras de tutelar otros bienes o valores que, además, han de tener rango constitucional. No es que tengan que ser ni derechos fundamentales o ni siquiera estar reconocidos expresamente en el Texto Constitucional, pero sí que cuanto menos han de derivar del mismo. En palabras del Tribunal Constitucional: «los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos»⁹⁷⁶. Se trata en definitiva de lograr que «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integr[en] en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios»⁹⁷⁷.

De esta suerte, no cabrá la afirmación como límites a derechos fundamentales de otros intereses generales «para-constitucionales». En este campo sí que tendrán notable relevancia los principios rectores del orden económico y social que fija nuestra Constitución y que podrían servir para justificar ciertos límites al ejercicio de los derechos fundamentales⁹⁷⁸.

Así las cosas, se pueden clasificar los distintos límites externos e inmanentes según la forma en la que se encuentren reconocidos en la

⁹⁷⁴ Sobre el problema de los límites inmanentes *cfr.* M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, pp. 46 ss. Este autor indica que la concepción de límites inmanentes que parece ir imponiéndose en la jurisprudencia española es para definir «aquellos [límites] que pretenden la salvaguarda de otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados» (SSTC 76/1995, FJ. 3º, y 176/1995, FJ. 2º) –p. 46, en nota a pie-. Siguiendo a DE OTTO, los límites inmanentes nacerían de la idea de que «los derechos y libertades, por reconocerse en el interior del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos» (*Derechos fundamentales y Constitución, op. cit.*, p. 110)

⁹⁷⁵ A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁷⁶ STC 154/2002, FJ. 8º). En el mismo sentido, *cfr.* SSTC 11/1981, FJ. 7º; 22/1981, FJ. 9º, 1/1982, FJ. 5º; 3/1983, FJ. 3º, FJ. 4º; 46/1983, FJ. 7º; 110/1984, FJ. 5º; 20/1990, FJ. 3º, y 214/1991, FJ. 8º.

⁹⁷⁷ SSTC 159/1986, FJ. 6º; 20/1990, FJ. 4º, y 81/1998, FJ. 2º.

⁹⁷⁸ En este sentido, *cfr.* L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 124 y ss. Por su parte, MEDINA GUERRERO señala como «verdadera excepción» a aquellos que llama «**límites implícitos**». Serían aquellos que, a pesar de no poder conectarse claramente con ningún derecho o bien constitucionalmente protegido, ni siquiera con principios rectores, sin embargo son admitidos por el Tribunal Constitucional sobre la base principalmente de los tratados internacionales, como el orden público o la moral pública (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.).

Constitución⁹⁷⁹. Y entre estos estarían, por un lado, los **límites explícitos**, que serían aquellos que encontrarían su fundamento en bienes expresamente reconocidos en la Constitución. Dentro de esta categoría tendríamos como tipología especial, los «**límites explícitos directos**» que directamente reconoce la Constitución como límites al ejercicio de un derecho fundamental (así, por ejemplo, en el caso de las libertades de expresión e información el art. 20.4 reconoce como límites, entre otros, el derecho al honor o a la intimidad). También pueden darse «**límites explícitos indirectos**» que serían aquellos que igualmente se reconocen como límites a esa libertad o derecho por la Constitución pero en otro precepto constitucional (por ejemplo, el art. 28.1 de la Constitución que limita el derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas o Institutos Armados). Y, frente a ellos, cabe plantear la existencia de otros «**límites tácitos**» (o sucesivos), que derivan de la necesidad general de salvaguardar otros bienes o derechos constitucionales que, aunque expresamente no hayan sido identificados por la Constitución como potenciales límites, sin embargo sí que puedan entrar en conflicto.

Por último, y recapitulando desde una perspectiva metodológica -pero también conceptual-, quisiera realizar unas precisiones finales sobre cómo afrontaré el estudio de la delimitación y limitación de la libertad de expresión. Al asumir una delimitación externa amplia de las libertades de expresión y de información, ciertas conductas *prima facie* protegidas pueden resultar ofensivas para otros bienes o valores (externos), creándose entonces «puntos de fricción» que es necesario resolver. Como se ha dicho, la resolución de estas «fricciones» se realiza mediante la fijación de unos «límites» (externos) *normalmente*⁹⁸⁰ concretados en normas restrictivas (que pueden ser penales, civiles, administrativas, etc.)⁹⁸¹. Ahora bien, antes de definir tales límites, he sostenido que

⁹⁷⁹ A este respecto, *cf.* A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss., aunque me valdré de una clasificación propia.

⁹⁸⁰ Enfatizo normalmente porque, dada la falta de «concretización» sea a nivel constitucional como legislativo, muchas veces se termina dejando en manos de los jueces la realización de esta operación, con los problemas que con ello se crea.

⁹⁸¹ Es importante tener en cuenta, como señala MEDINA GUERRERO, que nos encontramos en la dimensión «subjetiva» de la aproximación a los derechos fundamentales (*La vinculación negativa del legislador...*, *op. cit.*, p. 9). Es decir, estos derechos se ven desde la perspectiva de «derechos subjetivos» que afirman un ámbito irrestricto al poder del Estado (incluido el legislativo). Son problemáticas distintas las que se presentan en este plano a aquellas otras que justifican la intervención del legislador en cumplimiento de la dimensión objetiva de la que gozan los propios derechos. Algo que, siguiendo al profesor MEDINA, puede llevar a que el legislador tenga que adoptar medidas para que los derechos puedan desplegar su plena eficacia, o deberá incluso darles protección si pueden ser vulnerados o considerar su eficacia irradiante sobre otros órdenes del Derecho privado. Nuestro objeto de estudio es otro: «el límite o injerencia de los derechos» (*ibidem*, p. 10).

se ha de ser capaz de identificar en abstracto ciertas reglas orientativas de la ponderación como operación de limitación que trazará la frontera entre las conductas protegidas por el ejercicio de un derecho fundamental y aquellas otras que, sin embargo, van a considerarse «injustas»⁹⁸². De manera que el legislador⁹⁸³ al «concretar» los límites, definiendo el «espacio» de lo constitucionalmente «amparado» y lo constitucionalmente «injusto», deberá hacerlo a partir de esa «ponderación constitucionalmente orientada». En definitiva, a mi juicio es importante abundar en algunos aspectos concretos de la «vinculación negativa del legislador»⁹⁸⁴ a estas libertades, en especial para tratar de afianzar la importancia de diferenciar un espacio «constitucional» abstracto, en el que se puede ya trazar una «idea» del límite, aunque sea ideal y necesitada de intervención del legislador, incluso creativa, pero no absolutamente innovadora⁹⁸⁵ y, por ende, susceptible en última instancia de control constitucional⁹⁸⁶.

⁹⁸² Aquí privación de protección e «injusto» constitucional van de la mano, ya que como presupuesto para privar de protección constitucional se exige un desvalor del acto en tanto que lesivo de otro bien.

⁹⁸³ Tanto más vinculado estará el juez cuando limite un derecho en ausencia de norma restrictiva o cuando ésta sea vaga realizando la correspondiente ponderación entre los bienes en conflicto, como se ha justificado anteriormente.

⁹⁸⁴ Es la problemática que de manera general se afronta magistralmente en M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...*, op. cit., in toto.

⁹⁸⁵ A este respecto, como se ha dicho, tomo como puntos de partida una concepción amplia de los derechos fundamentales y asumo igualmente la posición de MEDINA GUERRERO sobre la «vinculación negativa» del legislador en la limitación de los derechos fundamentales, en tanto en cuanto comparto que, en lo que se refiere a la limitación que realiza el legislador de los derechos fundamentales, su vinculación a la constitución se limita a respetar la «ordenación marco» que esta ofrece, pero goza de una amplia discrecionalidad política (*La vinculación negativa del legislador...*, op. cit., p. 89 ss.). No obstante, tratar de poner algo de luz en esa «orientación constitucional», aunque sea a título de «mera» guía, creo que puede ser de alguna ayuda. No estamos por tanto en el campo de la delimitación, ni se toca la problemática de los «derechos de configuración legal», sino estrictamente de los criterios constitucionales orientadores de la limitación de las libertades de expresión y de información. Como indica MEDINA GUERRERO el Tribunal Constitucional habría aplicado esta categoría como «derechos de configuración legal» al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de acceso a cargos públicos, al derecho de autonomía universitaria o a la objeción de conciencia, entre otros (*La vinculación negativa del legislador...*, op. cit., p. XIV).

⁹⁸⁶ Esto no creo que sea algo nuevo, sino que se trata sólo de verlo ahora concentrándose en el valor de tales «reglas constitucionales abstractas», por más que pocas e indeterminadas, que sirven a la fijación de los límites a la libertad. De hecho tal «ponderación constitucionalmente orientada» puede ser reconocida como parte de un juicio de «proporcionalidad» que hoy día es admitido como un «límite de los límites» más allá del respeto al «contenido esencial», o, incluso, como un «juicio de racionalidad» o de «adecuación» previo al juicio de «proporcionalidad» (entendido como el triple juicio de adecuación o idoneidad, indispensabilidad o necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). En particular, me aventuro aquí a sostener, aunque sea una conclusión muy «cautelar» y necesitada de mayor estudio, que para valorar en abstracto una restricción (especialmente penal) a la libertad de expresión, propondría un juicio sucesivo en dos pasos: en primer lugar, un *juicio de*

racionalidad sobre la justificación de la intervención penal, en el que se valorara la racionalidad del «*prius* lógico» que ha de fundar cualquier intervención penal (así, SSTC 111/1993, FJ. 9º; 55/1996, FJ. 7º; 161/1997, FJ. 10º). Sería un juicio de adecuación o de racionalidad previo que pasaría no sólo por identificar los bienes constitucionalmente relevantes, sino también por poner en la balanza la restricción a la libertad que conlleva y el punto de equilibrio para hallar esa frontera entre lo constitucionalmente amparado y lo injusto (incluido el respeto al contenido esencial). 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 55/1996, FJ. 6º; y vid. también, STC 66/1996). Este primer juicio entroncaría con lo que VIVES ANTÓN ha llamado el «principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», presentando éste como un «bien jurídico procedimental» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, pp. 820 y ss. y «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, 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 55/1996. Por ejemplo, entiendo que cabría tal control abstracto sobre el contenido de una norma si el legislador decidiera tipificar como ilícito (civil o penal) la publicación de noticias «objetivamente falsas», obviando la pauta de que la veracidad de la información debe entenderse en sentido de diligencia (aunque en este caso se trataría más bien de la invasión de la «delimitación» por tratarse de un límite interno); o si se proscribieran expresiones que, aunque no resultaran insultantes, fueran «molestas» o de «mal gusto». El segundo juicio sucesivo sería entonces un juicio de proporcionalidad, en el que se ponga en relación el reproche de injusto propio de la conducta con la magnitud de la respuesta jurídica. 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 que, dejando fuera el principio de culpabilidad y el de legalidad porque afectan a la forma, «[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» («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, p. 74). El Tribunal, 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 55/1996 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 136/1999, y en doctrina vid. M. L. CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 29). Por mi parte comparto que, como afirmaran los magistrados GARCÍA MANZANO y GIMENO SENDRA en su voto particular a la STC 161/1997, «[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 136/1999, en la que entró a valorar, entre otras cosas, la relación entre el desvalor del comportamiento prohibido y el

1.2. Dimensiones y naturaleza de las libertades de expresión y de información

Los derechos fundamentales son concebidos como *derechos públicos subjetivos* frente al poder, pero también se reconoce en ellos una dimensión objetiva o institucional, en tanto que *principios o valores del orden constitucional*, que puede justificar configurar estos derechos y libertades a partir de su propia importancia para el orden democrático⁹⁸⁷. Esta perspectiva puede llevar a asumir un «giro» en la consideración de la libertad de expresión y de información desde su concepción como un derecho-libertad, como un derecho de defensa de la persona que garantiza el libre desarrollo de su personalidad; hasta pasar a encontrarnos con una «libertad de opinión pública», como presupuesto esencial del sistema democrático⁹⁸⁸. Y es que la dimensión institucional queda especialmente resaltada en las libertades comunicativas, en la libertad de expresión y particularmente en la libertad de información, ya que éstas constituyen un *príus* sin el cual no puede construirse un sistema político democrático. Sin embargo, tal relevancia institucional no puede justificar que se fagocite el reconocimiento de la dimensión de estas libertades como parte del desarrollo y de la autonomía de la persona. Porque, como expresa SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, siguiendo a DWORKIN, el hombre es un

sancionado o el efecto disuasorio, ello aunque luego la sentencia la sustente 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...» (S. MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad...», *op. cit.*, p. 97) –aunque yo no me atrevería a afirmar con tanta rotundidad que el Constitucional haya asumido plenamente este enjuiciamiento amplio-.

⁹⁸⁷ En este último sentido, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA nos recuerda que en la doctrina alemana de los derechos fundamentales ha estado siempre muy presente una clara «*tentación institucional*» («La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 32, 1991, p. 83). Así, por ejemplo, la «teoría de la garantía institucional» o, más recientemente, el enfoque institucional de los derechos fundamentales presentado por HÄBERLE. Sobre el desarrollo de estas teorías por la doctrina alemana, *cfr.* J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «La libertad de expresión...», *op. cit.*, pp. 82 y ss., y ÍD., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 71, 1991, pp. 100 y ss.; y A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, pp. 87) también realiza una exposición acerca de las consecuencias del reconocimiento de esa dimensión institucional a la libertad de expresión.

⁹⁸⁸ *Cfr.* J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Aspectos constitucionales...», *op. cit.*, p.145.

ser comunicativo y locuaz, por lo que no se le puede callar contra su voluntad⁹⁸⁹. De forma que la libertad de expresión cumple también con una importante función de protección de ese espacio que toda persona necesita para comunicarse y desarrollarse como ser humano, debiéndose conjurar el *peligro de «funcionalización»* de la misma.

A estos efectos el Tribunal Constitucional ha ido dibujando la complejidad pluridimensional y la naturaleza de las libertades de expresión y de información⁹⁹⁰. Por un lado, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *la libertad de expresión y de información son derechos de libertad*, derechos de defensa frente al poder que sólo exigen la no injerencia por parte de la Administración y que no necesitan de reconocimiento alguno por el Estado⁹⁹¹. Al mismo tiempo, ha *negado que estas libertades tengan un carácter prestacional*⁹⁹², si bien sí que reconoce que en ocasiones puedan *deducirse de las mismas algunas obligaciones positivas para el Estado* en aras de garantizar la mayor eficacia de estas libertades en el marco de nuestro Estado social⁹⁹³.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha dado un extraordinario peso al *reconocimiento de la opinión pública libre como un fundamento esencial de estas libertades*. Así, ya desde las primeras sentencias el Tribunal Constitucional sostuvo que las libertades de expresión y de información no sólo van a encontrar un fundamento en el legítimo interés de sus titulares, sino que cumplen con una finalidad esencial para nuestra democracia al ser garantes de la opinión pública

⁹⁸⁹ Vid. J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «La libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 78. Siguiendo esta misma idea, FERNÁNDEZ-MIRANDA recoge también una cita muy representativa de DUCHACEK: «*los hombres no son felices si no pueden comunicar y compartir libremente sus temores y sus esperanzas*» («Artículo 20...»), *op. cit.*, p. 497).

⁹⁹⁰ Sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, *cfr.* J. MARTÍN CUBAS, «La configuración de la “comunicación pública libre”...», *op. cit.*, pp. 117-152.

⁹⁹¹ Así, por ejemplo, SSTC 6/1981 y 77/1982.

⁹⁹² En doctrina lo había sostenido de manera casi aislada D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho Eclesiástico del Estado: derecho de libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 506.

⁹⁹³ En el FJ. 4º de la STC 6/1981 el Tribunal sostenía que no se puede derivar de la libertad de expresión un «derecho de prestación» que legitime a poder exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación. En sentido, disponía el Tribunal Constitucional de manera muy clara que: «La libertad de los medio de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público» (FJ. 5º).

libre. En este sentido, por ejemplo, afirmaba el Tribunal Constitucional que la libertad de expresión y de información «se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento *y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre*, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado»⁹⁹⁴. Así las cosas, aunque el Tribunal Constitucional no lleva hasta sus últimas consecuencias la interpretación «democrático-funcional» de estas libertades⁹⁹⁵, sí que ha deducido una importante consecuencia de esta interpretación y es la doctrina del «valor preferente» de las libertades de expresión y de información⁹⁹⁶. Una doctrina por su parte muy criticada por un amplio sector doctrinal⁹⁹⁷ y que el propio Tribunal no habría asumido plenamente, ya que ha

⁹⁹⁴ STC 12/1982, FJ. 3º -cursivas más-. En el mismo sentido, entre otras, SSTC 6/1981, 104/1986, 159/1986, y 165/1987.

⁹⁹⁵ Asumir plenamente esa interpretación funcionalista de estas libertades las convertiría en unas libertades cuya garantía es un medio para asegurar el proceso democrático y, por tanto, cuyo contenido y alcance se configurarían con base en ello (así, *cfr.* A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 81).

⁹⁹⁶ En virtud de esta doctrina el Tribunal Constitucional le ha reconocido una protección prioritaria a las libertades de expresión y de información cuando éstas entran en conflicto con otros derechos fundamentales, llegando a afirmar que la libertad de expresión tiene un «valor superior» o «eficacia irradiante» como consecuencia de su vínculo con el pluralismo político (así, entre otras, SSTC 51/1981 y 121/1989). De esta manera, la dimensión institucional de la libertad de expresión justificaría su aplicación preponderante sobre otros bienes jurídicos constitucionales también dignos de tutela, pero sólo en aquellos casos en los que estas libertades contribuyeran de manera efectiva al mantenimiento de una opinión pública libre. La consecuencia de aplicar en sentido riguroso esta teoría debiera llevar a que, en caso de conflicto, «antes de proceder al balanceamiento, es valorar si el derecho se ha ejercido dentro del ámbito o de los límites hasta donde se extiende la protección constitucional especial. Y si así es, el derecho en posición preferencial se impone a cualquier otro derecho individual que esté en conflicto con él.» (S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa...*, *op. cit.*, p. 174).

⁹⁹⁷ Esta doctrina es criticada por un importante sector doctrinal que estima, en primer lugar, que todas las libertades y derechos fundamentales son necesarios para la democracia y que, por tanto, no hay una razón de ser que justifique tal privilegio de una libertad sobre las restantes con carácter general. Todas son elementos esenciales del sistema democrático. Además, consideran que de esta forma se está incurriendo en una «sustantivación» o una «funcionalización» de las libertades de expresión e información, que podría derivar en una restricción de su dimensión individual. Es por ello que quienes critican esta doctrina entienden que en el caso de conflicto entre derechos y libertades fundamentales lo que se debe es resolver judicialmente mediante la ponderación las controversias que se planteen atendiendo a las singularidades concretas de cada supuesto. Por todos, *cfr.*, F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, pp. 194 y ss.; A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 285; o J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Algunas cuestiones básicas...», *op. cit.*, pp. 98 y ss. Este último mantiene que «[e]l conflicto entre los derechos fundamentales no puede resolverse aceptando en principio y de partida la superioridad de uno o unos derechos sobre otros. El orden o el sistema de valores

evitado recurrir a una delimitación «formal» que se aplique de manera «absoluta» en todo caso y ha preferido exigir una cierta «ponderación» a través de la que valorar en cada caso la «prevalencia» de las libertades según distintos factores (veracidad de la información, interés general, condición pública o privada del ofendido...) ⁹⁹⁸.

En definitiva, la calificación jurídica de la libertad de expresión no puede resolverse en términos tajantes. Si bien, como afirma la mejor doctrina, *el reconocimiento de estas dos dimensiones de la libertad de expresión y de información no conlleva un cambio en la naturaleza de la propia libertad*⁹⁹⁹. Estas libertades son, por tanto, derechos de libertad, ello sin perjuicio del reconocimiento de su

constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente», de manera que «[l]a resolución de los conflictos entre derechos constitucionales ha de establecerse en cada caso —lo que no quiere decir que no pueda haber estándares, fijados básicamente por el Tribunal Constitucional, aplicables, en principio, para los supuestos de conflictos de determinados caracteres, pero como pauta sólo de medio alcance en su nivel de generalización— como consecuencia de una ponderación, que, aunque puede establecer la prevalencia en ese determinado supuesto de un derecho fundamental sobre otro, en razón de las específicas circunstancias de cada caso» (*ibidem*, pp. 98 y 99). También es interesante la crítica que realiza S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 117 y ss., que pone de manifiesto como el Tribunal Constitucional no ha sabido asimilar los caracteres liberales que tuvo esta doctrina de la *preferred position* en su configuración originaria en los EEUU.

⁹⁹⁸ En particular, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «no se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca» (STC 320/1994, FJ. 2º). O, en su STC 214/1991 consideraba que «cuando, del ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el art. 20.1 de la C.E., resulte afectado el derecho al honor de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión y de información, y, por tanto, en posición preferente [...]. El valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de una opinión pública, libre y plural, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificativa frente a los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 C.E., en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática» (FJ. 6º). *Cfr.* SSTC 107/1988, 51/1989, 104/1986, 105/1990, 172/1990, 197/1991, 20/1992 y 76/1995.

⁹⁹⁹ Por todos, *cfr.* SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, quien afirma con claridad: «Concluiríamos, por tanto, diciendo que la significación social y política de los derechos de comunicación, que deriva de su utilización masiva y de su contribución a la formación de la opinión pública, al influir en la actuación de los órganos estatales y en el comportamiento electoral de los ciudadanos, no es capaz de transformar la naturaleza jurídica de los mismos, aunque sí que permite hablar de una dimensión institucional de estos derechos fundamentales, que resulta de su conexión no sólo con la dignidad de la persona, de la que son manifestación inmediata e imprescindible, sino de su realización con el principio democrático, que ayudan decisivamente a realizar» («Aspectos constitucionales...», *op. cit.*, p. 146).

importante dimensión institucional. De ahí que el problema se traslade entonces a la manera cómo se conjugan ambas dimensiones para determinar el contenido y régimen jurídico de estas libertades¹⁰⁰⁰. En este sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA sintetiza con gran acierto cuáles serán al final los caracteres de esta libertad, con independencia de polémicas más o menos bizantinas acerca de su naturaleza:

«El derecho a la información es, por una parte, un *derecho básico de la persona directamente vinculado a su dignidad como ser libre*. [...] Pero cabe decir más; el derecho a la información [...] es *condición de humanidad* [...] es así base de la existencia individual y colectiva como existencias libres. Todos los demás derechos fundamentales (reunión, asociación, enseñanza, sufragio, etc.) no tienen significado alguno al margen de la libertad de comunicación y recepción del pensamiento.

Es, por otra parte, un *imprescindible derecho político del ciudadano y una*

¹⁰⁰⁰ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA ha enmarcado de manera muy concluyente esta cuestión y por ello me permito citarlo *in extenso*: «el problema importante no es el de reconocer una trascendencia indudable, en el terreno político fundamentalmente, a la libertad de expresión, cuestión esta que nadie niega, sino el atribuir consecuencias jurídicas a la misma, aceptando que tal relieve convierta a los derechos de comunicación de derechos fundamentales individuales en simples derechos cubiertos con una garantía institucional, o en asemejar a la prensa, en base a su pretendida función pública, como hace algún sector doctrinal, a los partidos políticos, llegando a considerarla como un órgano o una institución constitucional» («Aspectos constitucionales...», *op. cit.*, p. 145). Esta transformación en la naturaleza de la libertad de expresión llevaría, como afirma el propio autor, a «una menor protección constitucional de los mismos» y, además, en el plano teórico, supondría «la subordinación de la libertad a la democracia», lo que ampararía unas posibilidades de intervención y control por parte de los poderes públicos exorbitantes (*ibidem* –cursivas mías-).

En este mismo sentido, A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 78 señala como el propio HÄBERLE a la hora de formular su teoría sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales advierte ya el riesgo que podría llevar enfatizar excesivamente esta vertiente institucional, llevando a una politización de los derechos que terminara suponiendo un estrechamiento de su faz individual, por lo cual prescribe el equilibrio entre ambas facetas. Muy interesantes y de gran contundencia son también las aportaciones de F. SANTAOLALLA LÓPEZ, quien, haciendo una crítica a la doctrina de la protección preferente de la libertad de expresión asumida por el Tribunal Constitucional, afirma el peligro que puede tener lo que él llama la «sustantivación de valores jurídicos transpersonales», y en concreto de la opinión pública, como consecuencia de una hipervaloración de la opinión pública libre como fundamento de la libertad de expresión. Entiende este autor que los derechos fundamentales son ante todo «atributos del hombre» y tan sólo de forma derivada han de ser considerados como factores del «orden social democrático». Afirma que «los derechos fundamentales son también límites infranqueables al sistema democrático, entendido como gobierno de la mayoría» («Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración», *Revista de Administración pública*, n. 128, 1992, p. 196). Por último, igual que hiciera SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, advierte como esa «sustantivación de la opinión pública» puede ser el camino para justificar recortes inaceptables a la libertad y recuerda que a lo largo de la historia «el ensalzamiento desmesurado de bienes colectivos (la patria, la nación, la sociedad sin clases, el partido político) ha acabado por hacer resentirse a los derechos humanos en no pocas ocasiones» (*ibidem*, p. 126).

garantía institucional del sistema democrático. Mil veces se ha dicho que el sistema democrático es antes que otra cosa, un régimen de opinión que se nutre de la libre formación de la opinión pública. [...]

Es, por una parte, *un derecho individual* como soporte de la personalidad, *pero es, por otra, un derecho social* en cuanto que no sólo protege la formación y transmisión de un pensamiento individual libre, sino también la libre formación de la opinión pública como realidad social.

Es, por último, *un derecho que protege libertades negativas* o esferas de autonomía personal y corporativas, *pero que exige, asimismo, la garantía positiva de las condiciones estructurales que la hagan efectiva*¹⁰⁰¹.

1.3. Los valores que fundamentan las libertades de expresión y de información y el rechazo a la democracia militante

Para poder perfilar adecuadamente la delimitación interna de esta libertad, tanto en un sentido ontológico como teleológico, es necesario indagar en los valores que sostienen la misma y dan fundamento a su especial protección constitucional. Se ha dicho que la naturaleza de esta libertad debe partir de su consideración como un derecho de libertad y, aunque se ha reconocido tanto su dimensión individual como «democrático-funcional», lo cierto es que la Constitución española, como ocurriera con la italiana, asume una *concepción* preferentemente *personalista* de estas libertades, de manera que no pueden ser entendidas como funcionales de ningún otro valor, de la importancia o significación que puedan tener para el Estado, la sociedad o el orden democrática¹⁰⁰². Son libertades cuyo sustento y reconocimiento se otorga sobre la base del valor de la persona, de su propia y libre realización¹⁰⁰³. Y es que «[n]uestra 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

¹⁰⁰¹ «Artículo 20...», *op. cit.*, p. 497 (cursivas mías).

¹⁰⁰² Así, L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 332.

¹⁰⁰³ En este sentido, comparto que 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» (M. A. GARCÍA HERRERA, «Estado democrático...», *op. cit.*, p. 151).

permitan inducir una subordinación funcional, como sucede en otros derechos (por ejemplo, la función social de la propiedad)»¹⁰⁰⁴.

Esta concepción pudiera encontrar una cierta salvedad en la exigencia de «veracidad» en la información entendida como un límite interno a la libertad, cuyo fundamento reside básicamente en entender que la difusión de «mentiras», de «hechos falsos», no aporta nada positivo a la adecuada formación de una «opinión pública libre»¹⁰⁰⁵. Del mismo modo, esta concepción personalista tampoco debe ser óbice para que se reconozca la particular importancia de ciertos contenidos políticos, sociales, filosóficos o culturales, los cuales tienen un especial valor para la *formación de la «opinión pública libre»*.

Asimismo, habría que ser cauto con el riesgo que puede deducirse de esta concepción personalista de la libertad y que podría mover a «internalizar» ciertos límites delimitando el propio contenido interno de estas libertades, en puesto de considerarlos como límites externos. Aquello que se considera que no sirve al «desarrollo» de la propia persona, o, incluso, aquello que resulta claramente contrario a la «dignidad humana», quedaría fuera del contenido interno delimitado por la libertad¹⁰⁰⁶. Tal concepción plantearía así el peligro de «funcionalizar» la libertad en pro de un abstracto concepto de «dignidad humana» y en detrimento del más amplio reconocimiento de la «libertad».

Por lo que al final parece que tampoco en este caso convenga adoptar una visión monista acerca de la finalidad perseguida por esta libertad o de los valores que la sustentan y por ella protegidos. Las libertades de expresión y de información entiendo que se sustentan sobre una pluralidad de valores entre los que la «dignidad humana» y el «libre desarrollo de la personalidad»¹⁰⁰⁷, la «libertad» y el «pluralismo político», que es presupuesto de una «opinión pública libre», conforman el sustento a la particular protección de estas libertades. Son todos ellos valores que «se implican mutuamente, no pudiendo concebirse uno de

¹⁰⁰⁴ *Íbidem*, p. 151.

¹⁰⁰⁵ Para una crítica a la exigencia de «veracidad» como límite interno a la libertad, *cfr.* M. A. GARCÍA HERRERA, «Estado democrático...», *op. cit.*, pp. 151 y ss.

¹⁰⁰⁶ Es lo que ocurría, como se vio con MANTOVANI en la doctrina italiana, y, en España, hasta cierto punto, con GARCÍA HERRERA, quien, aunque distingue la delimitación de la libertad de los límites, defiende que éstos «forman parte de la estructura del derecho, son elementos intrínsecos al mismo y no elementos exteriores» («Estado democrático...», *op. cit.*, p. 162), y en tal sentido, refiriéndose al honor concluye que «[e]l atentado contra el mismo desnaturalizaría el objetivo que se quiere servir por medio de una amplia libertad de expresión: convertir a ésta en un instrumento de negación de la dignidad humana es un contrasentido que no se sostiene» (*Íbidem*, p. 171)

¹⁰⁰⁷ Como afirma RODRÍGUEZ-ZAPATA: «La libertad se fundamenta –como enseña la tradición histórica española– en la afirmación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y en el libre desarrollo de la personalidad» (*Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 297).

ellos sin la coexistencia de los otros dos»¹⁰⁰⁸, si bien el eje en su lectura, reitero, ha de ser tal concepción «personalista». En palabras de LLAMAZARES CALZADILLA, «las libertades de expresión e información garantizan la existencia de una opinión pública libre y plural, siendo condición inexcusable para la existencia de una sociedad plural y democrática, sin la cual es impensable el respeto a la libertad de conciencia y a la dignidad de la persona»¹⁰⁰⁹.

Por último, un punto en el que el Tribunal Constitucional sí que ha sido en todo caso claro es en el rechazo al modelo de democracia militante. Nuestro orden constitucional no exige fidelidad ideológica, no impone la adhesión positiva al ordenamiento, ni prohíbe o expulsa de protección de plano ningún tipo de ideología por más que resulte contrastante con los principios y valores afirmados por la misma. Sólo exige, eso sí, «que se respeten las reglas del juego», las cuales, por medios democráticos, permiten abordar la reforma absoluta de la Constitución sin que haya *a priori* partes intangibles a la misma¹⁰¹⁰. La Constitución muestra, como se ha dicho, una «clara “preferencia” por sus valores esenciales»¹⁰¹¹; si bien 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»¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ M^a. C. LLAMAZARES CALZADILLA, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, p. 47.

¹⁰⁰⁹ *Íbidem*, p. 61.

¹⁰¹⁰ En este sentido, *vid.* SSTC 101/1983, 122/1983 y 119/1990, sobre el deber de prometer o jurar la Constitución; SSTC 48/2003, 5/2004 y 110/2007, sobre ilegalización de partidos políticos; STC 12/2008, sobre la Ley de paridad electoral; y SSTC 214/1991, 76/1995 y 235/2007, sobre el discurso racista y negacionista. En doctrina, *cfr.* I. DE OTTO PARDO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; F. J. DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, McGraw Hill, Madrid, 1997; o 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.

¹⁰¹¹ F. J. DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰¹² *Íbidem*, p. 9.

1.4. Delimitación y limitación de las libertades de expresión y de información a la luz del texto constitucional. Particular referencia a la libertad de investigación histórica (STC 43/2004).

1.4.1. La delimitación interna de las libertades de expresión y de información en la Constitución española

Una vez adoptada una posición en relación a la naturaleza, dimensiones y, sobre todo, a los valores fundantes de estas libertades, creo que se está en condiciones de entrar a delimitar el contenido (objetivo) tanto de la libertad de expresión como de la libertad de información, según la ya anunciada posición dual de la Constitución española. Es por ello que se hace necesario diferenciar el ámbito de cada una de las libertades, ya que, como se ha señalado, la libertad de información es reconocida como una libertad autónoma con respecto a de la libertad de expresión, después, eso sí, de una jurisprudencia «errante» de nuestro Tribunal Constitucional¹⁰¹³.

Por tanto, partiendo de esta distinción, la **libertad de expresión** entendida en sentido estricto se contempla en el la letra a) del artículo 20.1 y viene a proteger la difusión de «cualquier concepción de la mente humana». Su objeto será toda manifestación tanto de opiniones como de cualquier contenido que pueda ser «pensado» y «expresado», sin que quede sometida a ningún otro límite lógico. Ello incluye los pensamientos, las ideas y opiniones, pero también las creencias y los juicios de valor; en definitiva, toda expresión que por su naturaleza no pueda quedar sometida a la demostración de exactitud¹⁰¹⁴.

La **libertad de información**, por su parte, es definida en la letra d) del art. 20.1 CE como el derecho «*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*». El elemento caracterizador de la libertad de información será la difusión de «informaciones» o «noticias», en definitiva, de «hechos»; a diferencia de la libertad de expresión que, como se ha visto, implica la

¹⁰¹³ El Tribunal Constitucional en algunas de sus primeras sentencias (así, SSTC 6/1981 y 153/1985) mantuvo una tesis unificadora de ambas libertades, al estimar que la libertad de información podía considerarse como una «simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes». No obstante, el Tribunal Constitucional pronto cambió esta concepción y paso a asumir una concepción dual de ambas libertades. En la STC 165/1987 las califica por primera vez como «libertades distintas», con regímenes peculiares, aun reconociéndoles su directa e íntima conexión. Ésta será la línea que mantendrá a partir de ese momento (en este sentido, SSTC 6/1988, 107/1988, 50/1989). Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional a este respecto, *cfr.*, C. CARMONA SALGADO, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 7 y ss.

¹⁰¹⁴ *Vid.* SSTC 6/1988, FJ. 5º; 232/2002, FJ. 2º; y 160/2003, FJ. 3º.

manifestación de «opiniones, ideas o pensamientos»¹⁰¹⁵. Ahora bien, tal distinción no resulta fácil y lo normal es que el mensaje comunicativo contenga elementos de un tipo y de otro. Para resolver estos conflictos el Tribunal Constitucional ha mantenido la doctrina del «elemento preponderante», en virtud de la cual se aplicará el régimen propio de una u otra libertad en función del elemento (noticia u opinión) que predomine en el mensaje, teniendo en cuenta tanto el contexto como la finalidad del mismo¹⁰¹⁶. La libertad de información, además, comprenderá tanto el derecho a informar, es decir, la vertiente activa como libertad de transmitir información sin trabas, como el derecho a ser informado y a recibir información, en sentido pasivo¹⁰¹⁷. Incluso el objeto de esta libertad se extiende también para dar protección a las fases previas del proceso de formación y elaboración de la

¹⁰¹⁵ Sobre la distinción entre opiniones y hechos, *cfr.* X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites...*, *op. cit.*, pp. 3 y ss. A este respecto, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA llega a sostener que la distinción entre noticias y opiniones o juicios de valor es imposible de verificar y es que, en opinión de este autor, «ciertamente no hay juicios de valor sin referencia a los hechos; y la información –su selección, elaboración y presentación–, sin el filtro categorial, subjetivo y cuajado de posiciones personales, del informante es imposible» («Aspectos constitucionales...», *op. cit.*, p. 144). Ésta es la postura de aquellos que mantienen posiciones monistas y sostienen la conveniencia de reconocer un «derecho a la información» que proteja todo el fenómeno comunicativo en su mayor extensión. Por ejemplo, M. SAAVEDRA LÓPEZ, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 20, define en este sentido la «información» de una manera integrada, comprendiendo «además de la difusión de sucesos o noticias, la de comentarios y opiniones», sin perjuicio de que luego se puedan dar peculiaridades de régimen jurídico en la regulación concreta de la actividad. En el mismo sentido, *vid.* A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Artículo 20...», *op. cit.*, p. 507.

¹⁰¹⁶ *Vid.* SSTC 6/1988, 4/1996, 192/1999. Un análisis sobre esta doctrina se encuentra en A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

¹⁰¹⁷ Como expresa MAGDALENO ALEGRÍA, aun cuando el reconocimiento de este derecho supone un notable avance respecto al modelo liberal de comunicación pública, sin embargo, su interpretación es muy conflictiva (*Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 128.). Así las cosas, el Tribunal Constitucional parecería que ha interpretado este derecho como un derecho derivado cuyo propósito sería únicamente lograr «ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social» (STC 6/1981, FJ. 4º.). PÉREZ ROYO, siguiendo la interpretación del Tribunal Constitucional, concluye que el derecho a recibir información sólo tendría una dimensión objetiva y que, por tanto, no resulta individualizable ni puede ser considerado como un derecho subjetivo (*Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 364). Por el contrario, en opinión de otro importante sector doctrinal, esta lectura resulta insuficiente y debe reconocerse una autonomía a ese derecho a recibir información, que no puede ser rebajado a un mero reverso del derecho a comunicar, sino que el mismo debe configurarse como un derecho independiente que vendría a proteger la facultad de todo individuo a acceder sin trabas a la información (así, *cfr.* I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995, *in toto*). De hecho el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 220/1991, declaraba que este derecho venía a proteger «la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos» (cursivas mías).

información: la preparación, elaboración, selección y difusión de las informaciones o noticias¹⁰¹⁸.

Una particularidad de la delimitación de la libertad de información es que, conforme al tenor de nuestra Constitución, la misma no amparará la difusión y recepción de cualquier género de información, sino que el texto constitucional fija como límite interno a la información objeto de protección la exigencia de «información veraz»¹⁰¹⁹. La veracidad se erige entonces como un límite interno, un elemento constitutivo en la delimitación de la libertad, de manera que cuando el «mensaje comunicativo» no transmita una información veraz, éste no será digno de tutela constitucional¹⁰²⁰. Ahora bien, el Tribunal Constitucional viene considerando que la veracidad debe ser entendida en sentido «subjetivo», es decir, no se va a exigir que la información sea objetivamente cierta, sino que lo que existe es una suerte de deber de diligencia en la construcción de la misma¹⁰²¹. Un supuesto excepcional es el caso de los «reportajes neutrales» –aquellos en los que el medio de comunicación únicamente recoge unas declaraciones de un tercero sin asumirlas como propia, actuando como mero reproductor-, donde el Tribunal Constitucional ha aplicado un criterio de limitación de la responsabilidad del medio a la «verdad objetiva» de la existencia de tales declaraciones y lo ha eximido de responsabilidad por el contenido de las mismas¹⁰²².

De manera que la delimitación de la libertad de expresión y de información podría sintetizarse en que, por mor de la lectura personalista de las libertades comunicativas y según una concepción amplia del contenido de las mismas, deberá

¹⁰¹⁸ J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «La libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 81. En el mismo sentido, M. SAAVEDRA LÓPEZ, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰¹⁹ Crítico con el límite de la veracidad se muestra, por ejemplo, S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

¹⁰²⁰ Esta posición actualmente es asumida por la mayoría de la doctrina (*vid.* A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 130.), si bien hay autores que entienden que la veracidad no es tanto un límite interno, como un límite externo. Así lo plantea, por ejemplo, A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Artículo 20...», *op. cit.*, p. 530. Por mi parte, creo que se trata de un límite interno, si bien de índole «literal», y por tanto que no deriva necesariamente de la delimitación ontológica o lógica de la propia libertad de informar (aunque se pueda relacionar con la misma).

¹⁰²¹ Así, en su sentencia 76/2002, FJ. 3º, el Tribunal Constitucional definía la veracidad en sentido subjetivo de la siguiente forma: «la veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad controvertida, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo». Como señala A. FAYOS GARDÓ, «Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso Internet», *Revista de Administración Pública*, n. 141, 1996, p. 404, el Tribunal Constitucional aplica aquí la doctrina norteamericana del «breathing space», es decir, dejar un espacio para respirar que se utiliza para favorecer con ello la libre expresión al permitir que se pueda incurrir en ciertos errores al informar.

¹⁰²² *Vid.* SSTC 159/1986, 232/1993, 333/1993, 41/1994, 52/1996.

entenderse inicialmente protegidas por estas libertades la expresión y difusión de cualquier opinión, creencia, pensamiento, idea o hecho veraz, con independencia de cual sea su contenido (político, ideológico, artístico, científico, social, pero también de cualquier otro aunque resulte banal) y de su relevancia para la formación de la «opinión pública» en un sistema democrático¹⁰²³. A partir de aquí corresponde entonces realizar algunas reflexiones introductorias sobre los valores (externos) que pueden sustentar la limitación de estas libertades en el orden constitucional español.

1.4.2. Los límites (externos) a las libertades comunicativas: (matizada) posición personalista de los valores que sustentan las potenciales limitaciones

Si en sede de delimitación se hacía una lectura «personalista» de estas libertades, esta misma visión de la Carta Magna española queda particularmente plasmada también en los límites expresos que específicamente reconoce la Constitución a las libertades comunicativas, los cuales tienen toda naturaleza como bienes individuales. En concreto, en el apartado 4º del art. 20 la Constitución viene a reconocer de manera expresa y directa los siguientes límites: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». De forma que nuestra Carta Fundamental, si bien contiene una remisión general al Título Primero referido a «los derechos y deberes fundamentales» como potenciales límites a las libertades de expresión y de información, pone su acento, reconociéndolos directamente, en cuatro de ellos con carácter esencialmente personalista: el honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. Lo hace, eso sí, mencionando únicamente los «bienes jurídicos» que fundamentan la erección del límite, pero sin mayor concreción acerca de los contornos del mismo.

¹⁰²³ Esta delimitación se refiere a los aspectos referidos al contenido del «mensaje comunicativo», dejando fuera la problemática cuestión de la «publicidad» y sin entrar en otras vicisitudes como aquello que puede ser considerado «acto comunicativo», las exclusiones por la «forma de expresión», etc. En España, a diferencia de Italia, no ha tenido acogida intentos doctrinales que pretendan excluir del ámbito de protección de la libertad de expresión a las manifestaciones «activizantes». En cualquier caso, en lo que se hace a una más precisa delimitación interna, me remito a lo que ya estudié en mi tesis de máster *La libertad de expresión en Internet y sus garantías constitucionales en el control de contenidos de páginas web*, dirigida por J. M^a MORALES ARROYO, Universidad de Sevilla, septiembre de 2010. Un trabajo especialmente interesante a este respecto es el de A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, op. cit., en particular pp. 118 y ss.

Pues bien, aunque el Tribunal Constitucional ha clarificado que tales límites lo son a «título enunciativo y nunca “*numerus clausus*”»¹⁰²⁴, por lo que los distintos derechos fundamentales y, en general, los derechos de los demás operan en todo caso como límites a estas libertades, *ello no debe hacer perder como guía que la Constitución ofrece una pauta axiológica clara al reconocer esos, y no otros*. De forma que ante posibles conflictos con otros bienes o valores, sobre todo cuando éstos ni siquiera sean derechos o libertades fundamentales, la naturaleza de los mismos habrá de ser un elemento de juicio en la ponderación de unos y otros. *Ello no quiere decir que otros bienes o valores «supraindividuales» hayan de ser rechazados de plano a la hora de justificar un potencial límite a las libertades; pero, como se ha dicho, sí que creo que debe ser considerado en la «ponderación» al darle el correspondiente «peso específico»*. Un ejemplo lo encontramos en la STC 62/1982 en la que el Tribunal reconocía 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 denegaba el amparo ante una sanción por un delito preconstitucional de «escándalo público». Caso en el que, por más que se tratara de un amparo y no de un juicio de legitimidad abstracta de la norma, el Tribunal se ha mostrado poco sensible a esa adecuada ponderación constitucionalmente orientada en sentido personalista¹⁰²⁵. Más preciso ha sido en su posición con respecto al prestigio de las instituciones, para las que el Tribunal ha reconocido que ésta goza de un menor «peso» que el que otorga por ejemplo al honor como bien individual¹⁰²⁶. Sobre esta cuestión se incidirá posteriormente en

¹⁰²⁴ STC 187/1999, FJ. 3º.

¹⁰²⁵ VIVES ANTÓN critica la posición mantenida por el TC 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» («Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *op. cit.*, sin paginar; y en sentido similar, (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, pp. 805 y ss.). En este sentido, *vid.* J. M^a. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal de la libertad de conciencia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 69, 1983, p. 161, quien sostiene que delitos como las profanaciones, escarnios, ultrajes, etc. deberían ser sancionados sólo cuando supongan desprecio o deshonra contra el honor como una injuria; y no tiene sentido que se sigan tutelando en tanto que «sentimientos colectivos». *Cfr.* también, A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 342, muy crítico con la sentencia; J. A. SANTOS, «Moralidad como límite a la libertad de expresión», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 55, 2006, pp. 653-676, R. SARAZÁ JIMENA, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 1995, pp. 455 ss; y para un completo análisis sobre los sentimientos religiosos como límites a la libertad de expresión, *cfr.* J. FERREIRO GALQUERA, *Los límites de la libertad de expresión: la cuestión de los sentimientos religiosos*, Universidad Complutense, Madrid, 1996.

¹⁰²⁶ Así, STC 107/1988, FJ. 2º: «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

el particular estudio de concretos límites a estas libertades que han pretendido fundarse en valores supraindividuales, especialmente de la «dignidad humana», entendida en un sentido supraindividual alejado de su fundamento personalista –y por tanto del honor-, o del principio de igualdad y del derecho de no discriminación¹⁰²⁷ como límites a la libertad de expresión.

En la otra parte de la balanza, tampoco se puede aquí llevar a extremos la concepción personalista hasta dar una prevalencia absoluta a aquellos bienes de naturaleza personalista sobre las libertades comunicativas, en detrimento del adecuado reconocimiento de la propia libertad¹⁰²⁸; igual que, como ya se ha

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». En sentido análogo, *vid.* STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ. 2º.

Posición distinta ha mantenido para el caso de las personas jurídicas, a favor de las cuales el Tribunal Constitucional también ha permitido que se extienda el significado del «honor» como bien jurídico personalista (*vid.*, en particular, STC 214/1991, FJ. 6º).

¹⁰²⁷ A este respecto, sobre el derecho de no discriminación como bien jurídico digno de tutela *vid.*, en sentido general como bien jurídico-penal, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La sanción penal de la discriminación; especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo», *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, 1996, pp. 285-319; en relación con la libertad de expresión y su sanción penal D. M. SANTANA VEGA, «Protección penal de la discriminación y libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en S. MIR PUIG y M. CORDOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 121-149; y, en concreto referido a los delitos anti-racistas, J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 217 ss. y 244, y E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, pp. 333 ss.

¹⁰²⁸ Ejemplo en este sentido se encuentra en una primera línea doctrinal y jurisprudencial (así la STC 120/1983) que, apegada a la dicción literal del art. 20.4 de la Constitución, asumía una prelación radical del derecho al honor sobre las libertades de expresión y de información en caso de conflicto. No obstante, parece que esta primera jurisprudencia, que venía a negar el potencial conflicto entre derechos fundamentales, partía de una concepción estricta de los derechos. Ésta ha sido reconocida como una «fase de exclusión» en la que «si se vulnera el honor, la libertad de expresión no puede entrar en juego, queda excluida por la propia ofensa del honor. En esta fase puede hablarse de una prevalencia del artículo 18.1 sobre el 20.1, quizá por una interpretación excesivamente gramatical del artículo 20.4 de la Constitución» (R. SARAZÁ JIMENA, *Libertad de expresión e información...*, *op. cit.*, p. 56). Opina LLAMAZAREZ CALZADILLA que «no es que el Tribunal Constitucional acepte el fondo del argumento, sino que llega a ese resultado [preferencia del derecho al honor] por una vía diferente, sin entrar a interpretar los artículos 20.1.a) y d), y 18.1 de la C.E. Entiende el T.C. que, en virtud del artículo 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no debe entrara conocer del fondo del asunto» (*Las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 276). Según BACIGALUPO: «Una interpretación gramatical del texto constitucional, sin embargo, podría llegar a otra conclusión y sostener que el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de información carece de capacidad para justificar la lesión del honor, es decir, la realización del

adelantado, tampoco parece adecuada la interpretación de doctrina de la «aplicación preferente» en detrimento de otros derechos fundamentales sobre la base de una visión excesivamente preponderante de la relevancia de la libertad de expresión y de información para la formación de la «opinión pública»¹⁰²⁹.

De manera que los valores antes referidos como fundamento de las libertades de expresión y de información han de servir como «faro» axiológico para guiar hacia una adecuada ponderación en caso de conflicto¹⁰³⁰, pero siendo cautelosos con las «jerarquizaciones axiológicas»¹⁰³¹ y sin poder derivar prevalencias absolutas e ilimitadas a favor de unos derechos y libertades y en detrimento radical de otros¹⁰³². En cuanto a los concretos límites son muchos y muy concienzudos los distintos estudios que se ha realizado, tanto con carácter

tipo de la injuria. Tal punto de vista vendría a sostener, en realidad, que los derechos a la libertad de expresión e información tienen menos jerarquía que el derecho al honor. Esta óptica domina en la reciente jurisprudencia del Tribunal supremo en esta materia. Ejemplo de ello son las recientes sentencias del TS de 2-6-86, de 18-6-86 (con amplias referencias a la jurisprudencia anterior), de 27-6-1986 y, más recientemente, la de 1-12-86 (REC 2.573/85) («Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, p. 21). En sentido similar CARUSO FONTÁN: «El art. 20.4 está redactado de forma tal que permite interpretar que la libertad de expresión debe ceder toda vez que se afecte a uno de los derechos enumerados en esta norma, aunque ya hemos comprobado que esta interpretación no sería correcta y que no cuenta con el apoyo mayoritario en doctrina» («Los límites a la libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 48). Véase también M. JAÉN VALLEJO, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, pp. 85 y ss.

¹⁰²⁹ Así, el Tribunal Constitucional se ha referido a esta posición preferente de la libertad de expresión y de información afirmando en algunos casos la «jerarquía institucional» de aquellas (SSTC 104/1986, 159/1986/171/1990), o declarando su «valor superior o de eficacia irradiante» (STC 121/1989) o la «posición prevalente, que no jerárquica» de las mismas (SSTC 240/1992, 336/1993). A este respecto, *cf.* R. SARAZÁ JIMENA, *Libertad de expresión e información...*, *op. cit.*, p. 209). No obstante, como se ha tenido la oportunidad de ver, el propio Tribunal ha matizado esta posición preferente no es absoluta ni vacía de contenido los derechos de la personalidad (STC, 171/1990, FJ. 5º o STC 240/1992, FJ. 3º).

¹⁰³⁰ De tal suerte que el Tribunal Constitucional ha terminado concluyendo que el conflicto entre derechos fundamentales deberá resolverse según una «ponderación» la cual «debe partir del contenido, alcance y finalidad que la Constitución atribuye a cada uno de los derechos en presencia» (STC 219/1992, FJ. 2º). *Vid.* epígrafe 1.1 en este Cap.

¹⁰³¹ Como expresara TOMÁS Y VALIENTE en relación al carácter de dignidad humana como «prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos» afirmada por el Tribunal en la sentencia sobre la despenalización del aborto: ello «no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su artículo 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: esos y sólo esos» (Voto particular a la STC 53/1985).

¹⁰³² En palabras del Tribunal Constitucional se hace necesario alcanzar tal armonización «mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados» (STC 196/1987, FJ. 7º). En el mismo sentido, *vid.* STC 104/1986, FJ. 5º.

general como sobre cada uno de ellos en particular¹⁰³³, por lo que no parece que sea éste el lugar para profundizar en ellos. Referir únicamente, siguiendo a DíEZ-PICAZO¹⁰³⁴, algunas de las colisiones típicas en materia de libertad de expresión e información. Por ejemplo, una de las principales colisiones se suele plantear entre *la libertad de información y el derecho al honor y a la intimidad*¹⁰³⁵-. Otra de las colisiones típicas se ha presentado entre *la libertad de información y la publicación de materiales que están caracterizados como secretos oficiales*. También se han planteado problemas con la *Administración de justicia*, en aras de salvaguardar su «autoridad e imparcialidad» en supuestos de «juicios paralelos». Por último, notable importancia plantea la colisión de estas libertades con discursos que ponen en peligro las bases del orden democrático, particularmente el filo-

¹⁰³³ Entre otros muchos, señalo alguna bibliografía sin ánimo exhaustivo. Con carácter general, *cfr.* las obras de C. CARMONA SALGADO, *Libertad de expresión...*, *op. cit.*; A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*; J. CREMADES, *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995; M^a. C. LLAMAZAREZ CALZADILLA, *Las libertades de expresión...*, *op. cit.*; A. M^a. ROMERO COLOMA, *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1984. En particular sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *cfr.* S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa...*, *op. cit.*; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites...*, *op. cit.*; M. JAÉN VALLEJO, *Libertad de expresión...*, *op. cit.*; R. SARAZÁ JIMENA, *Libertad de expresión e información...*, *op. cit.*; J. C. CARBONELL MATEU, «Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos». *Cuadernos Jurídicos*, n. 21, 1994, pp. 47-60;. Con un análisis jurisprudencial, *vid.* R. REBOLLO VARGAS, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, PPU, Barcelona, 1992; y F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, *in toto*.

¹⁰³⁴ L. M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 343 y ss.

¹⁰³⁵ Sobre el derecho al honor el Tribunal Constitucional ha sostenido que las críticas o expresiones hirientes, molestas, desabridas o sarcásticas quedarán en principio amparadas por la libertad de expresión (entre otras, SSTC 85/1992, «no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen» (FJ. 4^º); o 240/1992, «un tono claramente sarcástico, que el carácter molesto o hiriente de una información no constituye por sí solo un límite al derecho a la información» (FJ.8^º)). Sin embargo no estarán amparado el empleo de expresiones o informaciones injuriosas, descalificadoras o vejatorias sin conexión con los hechos o innecesarias para la formación de la opinión pública (así, por ejemplo, STC 165/1987, «afirmaciones vejatorias para el honor ajeno en todo caso innecesarias para el fin de la formación pública» (FJ. 10^º); 240/1992, «afirmaciones absolutamente gratuitas o innecesarias y desconectadas de la información, ni que por su contenido y forma no hubieran sido dictadas por un ánimo o una función informativa, sino con una finalidad meramente vejatoria o de menosprecio» (FJ. 8^º) -cursivas mías-; 108/2008, «las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.-a) de la Constitución Española no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la Norma Fundamental» (FJ. 6^º) -cursivas mías-; o 49/2001, «En suma, el derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución (art. 20.4 CE) impone al derecho a expresarse libremente [art. 20.1 a)], prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena» (FJ. 5^º)).

terrorista y el discurso del odio. Especialmente a este último dedicaremos un estudio especial antes de entrar en el concreto análisis del discurso negacionista por la conexión que guarda con el mismo.

Por último, es interesante destacar también, a los efectos de concretar los límites a estas libertades, la relación de éstas, particularmente de la libertad de expresión, con la dimensión externa de la «libertad ideológica», amparada por el art. 16 CE. A este respecto, a la luz de la STC 20/1990, me permito tomar las conclusiones de MORALES ARROYO quien nítidamente perfila la cuestión: «En primer lugar, no todo ejercicio de las libertades del artículo 20.1, a y d, suponen manifestaciones de libertad ideológica. / En segundo lugar, a las manifestaciones de ideología no se le pueden aplicar con carácter absoluto y genérico las limitaciones previstas para las libertades de expresión e información, especialmente en el apartado cuarto del artículo 20. / En tercer lugar, cuando se produzca una concurrencia de alguna de las libertades del artículo 20 y la ideología debe necesariamente ponderarse dónde acaba y dónde empieza cada una. / En cuarto lugar, si, una vez realizada dicha valoración, se descubriese que existe una nítida manifestación de convicciones personales, la misma debe someterse exclusivamente al límite del orden público. La fuerza expansiva de la libertad ideológica provoca que esa expresión se encuentre también al margen de los límites del artículo 20»¹⁰³⁶. No obstante lo cual, la afirmación de que cuando se trate del ejercicio de libertad de expresión reconocible como exteriorización de la libertad ideológica el límite único será el del «orden público», habría que matizarla con una jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional que resultaría un tanto ambigua¹⁰³⁷ y llevaría a replantear si en caso de concurrencia simultánea entre la libertad ideológica y la libertad de expresión, más bien lo que terminará ocurriendo es que aquella vendría simplemente a reforzar el «peso» de esta última

¹⁰³⁶ J. M. MORALES ARROYO, «El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los derechos fundamentales», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 2, 1993-1994, pp. 296 y 297.

¹⁰³⁷ Especialmente la STC 136/1999, pero también SSTC 214/1991, 176/1995 y 173/1995. Un análisis de estas sentencias en G. ROLLNERT LIERN, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 389 y ss. En la STC 214/1991, que luego será objeto de análisis, se ve claramente como, aunque el Tribunal comienza afirmando que el ámbito de la libertad de expresión viene «sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 C.E., según señalamos en nuestra STC 20/1990» (FJ: 6º), sin embargo no llevará hasta sus últimas consecuencias tales premisas y a pesar de advertir que está en liza también la libertad ideológica no atenderá al límite del «orden público».

en la ponderación con otros bienes y derechos constitucionales con los que se diera el conflicto.

Por lo que se ve cómo el juego de las distintas libertades y derechos que pueden concurrir en el conflicto puede modular el resultado de la operación de limitación. Es por ello que para terminar este apartado se dedique a continuación una sección particular al estudio de la libertad de investigación histórica.

1.4.3. Notas sobre la libertad de investigación histórica a la luz de la STC 43/2004

Dado el interés que tiene para el presente estudio cabe prestar una particular atención a la libertad científica en su expresión como «libertad de investigación histórica». En este sentido, se hace necesario considerar la STC 43/2004 en la que el Tribunal Constitucional resolvió un conflicto en amparo por colisión entre derechos fundamentales, en concreto entre el derecho al honor y la libertad científica del historiador, por un documental en el que se narraba un proceso penal instruido ante un consejo de guerra durante la Guerra Civil en el que se hacía mención a la participación como testigo del padre de los recurrentes en amparo, al considerar que los hechos relatados no eran exactos y vulneraban el honor de su difunto padre. El Tribunal reconocía que «el debate histórico disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información» (JF. 5º); algo que fundamentaba en que, aunque participe de los contenidos propios de esta libertad, se refiere siempre a «hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad [...] se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo». Un argumento que reforzaba considerando que «sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática» (JF. 5º). Tal posición era criticada fuertemente en el voto particular del magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, al que se adhería el magistrado GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, en el que consideraban que con esta sentencia el Tribunal se alejaba de su inveterada jurisprudencia en el análisis de la libertad de información y de expresión y vendría a consagrar una suerte de «posición preferente de la libertad científica en el terreno histórico». No creo, sin embargo,

que se trate de la proclamación de una «posición preferente», si por tal entendemos que por el hecho de encontrarnos ante esta modalidad de libertad científica ya no hubiera que ponderarla con los bienes en conflicto y prevalecería directamente aquella. El Tribunal Constitucional refiere de una protección «acrecentada» (por lo tanto no «absoluta»), y los fundamentos de la sentencia son muy precisos a la hora de reconocer los elementos de juicio que permiten conceder tal «preferencia» a la libertad científica. Como indicaba el Tribunal al final de su FJ. 5º, tal preferencia se daba porque, en primer lugar, el objeto de la investigación iba referido a un «hecho histórico» (y por tanto sobre una persona ya fallecida), que llevaba a que consecuentemente se entendiera que tal «distancia en el tiempo diluye la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades». Pero, además, advertía que al ser considerada una «investigación histórica» (para lo cual tiene en cuenta el método y la propia condición de historiadora de la periodista) se ha de presumir un mayor nivel de diligencia en relación a la veracidad que el que es requerido con carácter general. En síntesis: «la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica» (FJ. 5º).

A mi juicio éste es el verdadero *punctum dolens* de la sentencia: «los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica». Tampoco comparto que la problemática en la argumentación de la sentencia venga dada por la difícil determinación de aquello que se entiende por «hecho histórico», como señala el voto particular, sino por la constatación de cuándo nos encontramos ante un caso de «auténtica» investigación científica. Porque es el «método» científico al que el Tribunal reconoce como clave para diferenciar aquello que puede quedar o no incluido dentro del ámbito protegido por la libertad científica (lógicamente la investigación histórica irá por definición referida a «hechos históricos»). Así, el Tribunal afirmaba que «la reconstrucción científica del pasado que llamamos “historiografía” se trata de *un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescinda de toda perspectiva ideológica o moral* en la exposición del pasado» (FJ. 4º, cursivas mías). Esta última afirmación resulta también de gran importancia: el método científico admite incluso una «cierta» orientación ideológica. A lo que añadía: «La posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y *metodológicamente fundada*. Sin diálogo con los juicios de los demás (con los del historiador, en lo que aquí importa) no resulta posible formar el propio juicio. No cabría tampoco espacio –que sólo puede

abrirse en libertad- para la formación de una conciencia histórica colectiva-» (FJ. 4º). Un diálogo, además, que debe quedar libre de interferencias judiciales, de tal suerte que el Tribunal Constitucional concuerda con el Supremo en la consideración de que no le corresponde a éstos «la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho». La «discusión histórica está abierta a la participación y a la réplica en su contexto propio y por sus medios característicos, pero no puede estarlo a la solución jurídica, cuya verdad no es, por definición, la que se persigue y construye con el método histórico». Y remataba: «El ejercicio de nuestra jurisdicción [...] no sirve para enjuiciar la historia, y menos aún para cambiarla o silenciar sus hechos, por mucho que éstos o las interpretaciones que de los mismos se puedan hacer resulten molestos y penosos para sus protagonistas, o, como es el caso, para sus descendientes» (FJ. 8º). Ahora bien, si bien no le corresponde a la Justicia entrar a imponer su «verdad» sobre la «histórica», las conclusiones del Tribunal si que abocan a que los jueces tengan que valorar si se ha respetado un «método científico» para constatar si se está ante el ejercicio de tal libertad de investigación histórica frente a la genérica libertad de expresión o de información.

Por tanto, se podría concluir: primero, que el Tribunal Constitucional reconoce la particular relevancia que tiene el libre debate histórico para la formación de la opinión pública. Segundo, que no corresponde a los Jueces y Tribunales interferir imponiendo la «verdad jurídica» sobre la «verdad histórica». Tercero, que la base para considerar que nos encontramos ante una auténtica investigación historiográfica es el «método», el cual no excluye una cierta orientación ideológica. Cuarto, en el caso de colisión entre ejercicio de la libertad científica con otros derechos, aquella gozará de una protección «acrecentada», y por tanto de un mayor «peso». Quinto, si la colisión se da con derechos de la personalidad, prevalecerá la libertad científica siempre que se trate de una investigación sobre «hechos históricos» protagonizados por «personas fallecidas» y que se ajuste efectivamente a los «usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica». Sexto, que unas manifestaciones no se ajusten a tal método científico no priva por sí mismo de protección constitucional. De hecho, como se ha dicho, el propio Tribunal advierte que el nivel de diligencia exigido por el «método científico» en el contraste de los hechos es incluso más alto que el generalmente exigido (por ejemplo para un periodista). El respeto a tal «metodología histórica» es uno de los presupuestos para gozar de la protección «reforzada» que el Tribunal le reconoce a la investigación científica; pero no permite otras deducciones a contrario.

2. Pluralismo y sanción de las manifestaciones racistas como discursos contrarios a los valores constitucionales (la –parcial- perspectiva constitucionalista)

La Constitución española ha sido caracterizada como abierta y personalista, rechazando medidas de democracia militante de forma que, en principio, ni puede entenderse como «abusivo» el ejercicio de un derecho fundamental orientado a valores y principios anti-constitucionales, ni pueden proscribirse ideologías (y por tanto su expresión) en atención única a su «contenido» contrario al orden democrático. Ahora bien, ello no quiere decir que cualquier discurso tenga que quedar en todo caso amparado y se niegue siempre su ofensividad. De hecho, como se ha ido viendo, las libertades de expresión y de información no son absolutas.

Como contexto previo para el estudio del delito de negacionismo se hace necesario entrar a analizar la posición mantenida por nuestro Tribunal Constitucional frente al discurso racista, específicamente en aquello que viene siendo denominado como «discurso del odio», por más que sus contornos no sean del todo precisos, y de hecho se solapan en buena medida con el discurso negacionista. A tales efectos se recurre a dos sentencias que constituyen un referente que daría pié a la posterior legislación anti-negacionista: son la STC 214/1991, caso Violeta Friedman, y la STC 76/1995, caso comic. Se hará una lectura separada de cada uno de los casos para poder así penetrar mejor en el hilo argumental de las sentencias, si bien se concluirá luego con unas reflexiones de conjunto¹⁰³⁸.

¹⁰³⁸ Para un análisis de estas sentencias, *cfr.* 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. 306 y ss.; 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. 103-110; A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 108 y ss.; ÍD., *La libertad de expresión...*, *op. cit.*, pp. 348 y ss.; A. H. CATALÁ I BAS, «¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión», *Cuadernos de Derecho público*, n. 14, 2001, pp. 163 y ss.; o M. REVENGA SÁNCHEZ, «Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del “ethos” democrático en la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 21, 2004, pp. 34 y ss. Sobre la sentencia al caso Friedman, *cfr.* M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, pp. 103 y ss.; y ÍD., «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.

2.1. El caso Violeta Friedman (STC 214/1991): la sanción del discurso negacionista sólo cuando se identifique como «discurso del odio»

2.1.1. Presentación del caso y la delimitación de los bienes en conflicto. El tándem libertad de expresión y libertad ideológica y el honor como bien personalista pero susceptible de ofensa por manifestaciones genéricas contra un colectivo

En el primero de los casos, 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 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, por su parte, 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. Ahora bien, el núcleo de la sentencia estará en la ponderación del conflicto realizada por el Tribunal.

En cuanto a la delimitación de los bienes en conflicto, el Tribunal Constitucional entendió que los bienes en colisión serían la libertad de expresión y el derecho al honor. Además de identificar las libertades de expresión y de información, el Tribunal repasaba su doctrina sobre las «pautas» que han de servir para interpretar sus límites. En tal sentido, advertía el Tribunal Constitucional que la libertad de expresión tiene su límite en la «ausencia de expresiones indudablemente injuriosas» que resulten «innecesarias para la exposición»; un campo de acción que se vería ampliado «en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica» (FJ. 6º). Recordaba también que en el caso de la libertad de expresión no sería de aplicación el límite interno de la veracidad propio de la libertad de información. Hasta aquí nada nuevo. Más interesante resulta la delimitación que el Constitucional realizó del «honor» como derecho fundamental. Señalaba el Tribunal Constitucional el carácter esencialmente personalista del mismo y ratificaba su jurisprudencia en la que había mantenido que, más que un pretendido «honor» de las instituciones públicas, es más correcto hablar de «dignidad», «prestigio» o «autoridad moral», para significar que en tales casos «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 físicas» (FJ. 6º). Pero, aunque el honor se identifique por tanto como un bien personalista, ello no quiere decir que al mismo sólo afecten ataques dirigidos contra personas concretas e identificadas, sino que «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» (FJ. 6º). A juicio del Tribunal podía apreciarse una intromisión en el honor de una persona a través de expresiones realizadas en forma «innominada, genérica o imprecisa» (FJ. 6º). Por lo que, a pesar de la apostilla que el Tribunal había hecho al vincular el interés legítimo que tenía la Sra. FRIEDMAN al «restablecimiento del honor de la comunidad judía», en realidad concebía éste en sentido estrictamente personalista, si bien advirtiendo que no hacía falta para dañar el honor de una persona «señalarla» específicamente, sino que éste podía también ser ofendido a través de juicios referidos a un colectivo con el que aquella sea identificable.

2.1.2. La ponderación de los bienes en conflicto: el carácter inane de la mera negación del Holocausto como «hecho histórico» y la licitud constitucional de su revisitación en sentido histórico y moral

A partir del FJ. 7º el Tribunal comenzaba la «ponderación» orientada a las circunstancias del caso en concreto, dentro del marco de sus «pautas» generales para la resolución de los conflictos entre estas libertades y el derecho al honor. En primer lugar, a juicio del Tribunal las manifestaciones litigiosas entrarían dentro del ámbito *prima facie* de la libertad de expresión, en relación con la libertad ideológica, «puesto que, si bien en las mismas el demandado hace referencia a hechos históricos (en concreto respecto de la actuación nazi con los judíos durante la Segunda Guerra Mundial y de los campos de concentración), se limita a expresar su opinión y dudas sobre esos concretos acontecimientos históricos» (FJ. 7º). Ésta es una conclusión de excepcional relevancia: los discursos negacionistas, incluso con connotaciones que van más allá de la mera negación¹⁰³⁹, no quedan excluidos

¹⁰³⁹ Entre las expresiones afirmadas por el Sr. Leon DEGRELLE, éste había manifestado cosas como: «Y evidentemente, si hay tantos ahora [judíos], resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios»; «El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan»; «Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el

del ámbito inicialmente protegido por las libertades de expresión y de información, y, en concreto, han de ser entendidos como «opiniones», como «juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o mal intencionados que sean, sobre hechos históricos» (FJ. 7º), y por tanto no susceptibles de ser enjuiciados en términos de «veracidad». Aún más determinante se mostraba en el Fundamento 8º: «es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, 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)» (FJ. 8º). Y volvía a repetir: «con independencia de la valoración que de las mismas se haga [...] sólo pueden entenderse como lo que son: *opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos*» (FJ. 8º) –cursivas mías-. Pero no sólo estaría amparada la pura negación del hecho histórico, sino que, tal y como se deduce de las palabras del Tribunal, también quedaría protegida cualquier presentación de tales hechos que sin ánimo ofensivo comportara un intento de corregir o revisar la historia, «dando una dimensión histórica o moral propia» (FJ. 8º). Este extremo es interesante ya que, al final, el Constitucional situaba el criterio de distinción entre lo amparado y lo no protegido en el sentido menospreciativo del discurso, sin que además éste viniera presumido por ser una manifestación negacionista del Holocausto. Una persona podría tratar de visitar los hechos del Holocausto, ofreciendo otras perspectivas historiográficas, también desde un punto de vista de la revaloración «moral» de tales actuaciones, siempre y cuando con ello no pretenda ofender a sus víctimas. Aquí el Tribunal marca ya notables diferencias tanto con el TEDH como con las de otros tribunales europeos, por ejemplo con el Tribunal Constitucional Federal Alemán¹⁰⁴⁰, aunque sobre estos aspectos se abundará a continuación en el análisis de la sentencia referida al negacionismo.

2.1.3. (sigue) La ofensividad de las manifestaciones racistas por entrañar descrédito y menosprecio de un grupo social. Superación del límite de lo «innecesariamente insultante»

Ocurre entonces que, a la luz de las concretas manifestaciones realizadas, entendía el Tribunal que «el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre

Führer...»; «dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez» (vid. Antecedente 2º de la sentencia).

¹⁰⁴⁰ Vid. *supra* Cap. 4, epígrafe 1.1.1 y Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó *juicios ofensivos* al pueblo judío [...], *manifestando expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer*» (FJ. 8º) (cursivas mías).

Por tanto, dos conclusiones se extraen de esta primera parte de la argumentación: la primera de ellas es que el negacionismo puro, aquel que no incluya «ataques» sino que sea la mera expresión de dudas acerca del Holocausto, se trataría de opiniones amparadas de forma definitiva por la libertad de expresión. El Tribunal afirmaba que las simples dudas sobre la existencia de un hecho histórico como el Holocausto estarían amparadas y no se puede considerar que ofendan el honor u otros bienes jurídicos. Sin embargo, la segunda conclusión, ya aplicada al caso en concreto, es que se había ido más allá de la mera negación y se habían efectuado, y aquí está la clave, «juicios ofensivos», que incluían incluso el ensalzamiento de Hitler.

Pero, ¿en qué se fundamenta la «ofensividad» de las expresiones que justifica la privación de protección constitucional? Éste es el verdadero núcleo de la sentencia. Con carácter general para privar de protección constitucional unas opiniones se requería, como se ha visto, que resultaran «formalmente injuriosas» e «innecesarias», algo que además se valoraba básicamente por la «forma» o el «tenor» del lenguaje usado¹⁰⁴¹. Sin embargo, en este caso el Tribunal no encontró la lesividad de las mismas 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*» (FJ. 8º) –cursivas mías-. El Tribunal, a mi juicio, en esta sentencia *se sale de su pauta general del «formalmente injurioso» para fundar la ofensividad no tanto en la «forma», sino en el «sentido»*

¹⁰⁴¹ A este respecto *vid.* nota 1035 en este Cap., en la que se ha referido la jurisprudencia constitucional que afirmaba que la Constitución no reconoce un «derecho al insulto» y concretaba en éste el límite a la libertad, es decir, en la ausencia de expresiones insultantes o vejatorias innecesarias. Tal pauta ha sido entendida básicamente en el sentido de que el mensaje comunicativo no fuera insultante o vejatorio por su «forma» o «tenor», según además su contexto y finalidad, pero no en el «contenido» en sí de las opiniones. De hecho los órganos jurisdiccionales para resolver este género de conflictos se preocupaban por identificar aquellas expresiones vejatorias o insultantes que excedían el legítimo ejercicio de la libertad (entre otras muchas, *vid.* STS (1ª) de 5 de noviembre de 2009, RJ 2009/5836). En definitiva, el límite venía dado por lo que la doctrina italiana, como se ha visto *supra* Cap. 5, epígrafe 1.2, llamaba la «corrección» del lenguaje. Se puede criticar y opinar con libertad, pero se debe hacer siempre sin excesos verbales insultantes, es decir, con uso correcto del lenguaje.

racista de las expresiones, el cual pudiera generar incitación al odio y menosprecio de las personas. Es un salto no poco importante. El centro sobre el que pesa la legitimidad constitucional no es si hubo «insultos» (en sentido lingüístico), sino que existieron expresiones cuyo «sentido» podía resultar vejatorio (por ser «racistas»), o, más bien, que tenían una intención o un sentido menospreciativo. Añadía además la potencialidad «provocadora» al odio (antijudío) de las expresiones, pero sin mayor justificación de su efectiva «peligrosidad».

2.1.4. (sigue) Más allá de la protección del honor: la lesión de la dignidad humana y el principio de igualdad. Olvido de la libertad ideológica. Resultado final de la ponderación constitucional entre los bienes en conflicto

Este «paso adelante» en la protección de los derechos de la personalidad frente al ejercicio de la libertad de expresión, sancionando conductas incluso cuando no resultaran propiamente insultantes, debía ser justificado; y así lo hizo el Tribunal. Y es que el Tribunal, sin solución de continuidad, en el propio FJ. 8º pasaba a reiterar que ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión son ilimitadas y que en tal sentido no amparan efectuar «manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo», con las cuales se daña no sólo el honor de las personas afectadas, sino la propia *dignidad humana*. Incorporaba así un nuevo bien jurídico en el conflicto, la dignidad humana, a la que recurría para reforzar el «peso» del propio honor, pero reconociéndole a aquella una cierta «autonomía» como bien jurídico susceptible de lesión por las manifestaciones. Es un equilibrio difícil el que hace el Tribunal. La «dignidad humana» sería, por un lado, el valor fundante del que deriva el derecho al honor, pero, al mismo tiempo, adquiriría una cierta 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» (FJ. 8º).

Así las cosas, como se ha advertido, parece que si ante la colisión típica honor-libertad de expresión la regla era que no se amparaban «insultos innecesarios», cuando el conflicto se produzca con la dignidad humana el límite se situará más bien en el *sentido discriminatorio* (menospreciativo), en el «odio y desprecio» de las manifestaciones: «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*» (FJ. 8º).

Este mayor peso específico vendría fundado en que con tales expresiones se está a su vez «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). Y concluía el 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*» (FJ. 8º) –cursivas mías-. Nótese que aquí el Tribunal volvía a incluir un nuevo elemento de juicio que, aunque fuera a título de *obiter dictum*, resulta relevante: cualquier colectividad tiene derecho no sólo a ser «respetados», sino también a «convivir pacíficamente». La cuestión estaría entonces en determinar si tal derecho a la «convivencia pacífica» se traduce en la posibilidad de reconocer una suerte de «paz pública» como límite ideal a la libertad de expresión o si se trata de una mera apostilla *ad abundantiam*. Por su parte, tal argumento sería el único que indirectamente podría ser reconducido al límite del «orden público» que reclama la invocación a la libertad ideológica. No obstante, el Tribunal no iba más allá en este caso y de hecho el amparo lo concedía en concreto por «intromisión ilegítima en el honor y dignidad» de la recurrente (FJ. 8º). Una crítica en tal sentido sería que el Tribunal Constitucional se empleó en reforzar el «peso específico» de los bienes que se contraponen a la libertad de expresión; pero luego pasó de puntillas la mención a la libertad ideológica, que, según el propio Tribunal había reconocido, tendría que reforzar la posición de aquella libertad e, incluso, de mantenerse la doctrina de su sentencia 20/1990, obligaría a justificar la afectación no ya al honor o la dignidad humana, sino estrictamente al «orden público». Como ya se dijo, parece que, sin embargo, el Tribunal no lleva hasta sus últimas consecuencias la afectación de la «libertad ideológica» en su proyección externa¹⁰⁴².

¹⁰⁴² En este sentido, *vid.* G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo...», *op. cit.*, p. 107, quien reconoce «la contradicción con la doctrina general inicialmente expuesta acerca de la máxima amplitud de la libertad ideológica». También, *vid. supra* epígrafe 1.4 en este Cap.

El resultado de la ponderación constitucional entre los bienes en conflicto fue que «proced[ía] declarar la existencia, en el presente caso, de intromisión ilegítima en el honor y dignidad de la hoy recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1.1, 10.1 y 18.1 CE» (FJ 8º).

2.1.5. Valoración de cierre

La sentencia muestra muchos vericuetos argumentativos, que pueden ser sintetizados en el siguiente sentido: primero, tanto *los discursos negacionistas como los propios discursos racistas quedarían amparados prima facie en el contenido de la libertad de expresión*. No cabe una expulsión de plano de los mismos por su propio contenido.

Segundo, *la mera «negación» o dudas acerca de un hecho histórico, por muy tergiversadas que sean, quedarán amparadas de manera definitiva por la libertad de expresión si no contienen otros «juicios ofensivos»*.

Tercero, *los discursos racistas, en la medida que estén destinados a «menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad», quedarán privados de protección constitucional por colisionar no sólo con el «honor» de las personas, sino también con el valor «dignidad humana», reforzado con el principio de «igualdad»*. De manera que la ponderación por el conflicto constitucional creado por el discurso racista debe resolverse dándoles un «peso específico» que les hace prevalecer a los bienes y valores constitucionales que se contraponen a la libertad de expresión.

Cuarto, *la pauta o criterio que define el límite al ejercicio de la libertad de expresión ante un discurso racista, orientando la ponderación en el caso de la colisión típica, debe ser la constatación del sentido o del ánimo de «menospreciar y discriminar» o de «generar sentimientos de hostilidad» contra un colectivo*. Esta pauta, como he sostenido, considero que se separa del conflicto típico honor-libertad de expresión en el que el límite se situaría en las expresiones «innecesariamente insultantes», entendidas en sentido «formal». Un punto particularmente problemático, según se ha visto: Mientras que el criterio de las «expresiones formalmente injuriosas» ha podido ser depurado a los efectos de evitar que a través de un bien lúbil como el honor se pudieran justificar restricciones a la libertad por el puro «mal gusto» de las mismas o por el contenido desagradable o éticamente reprobable (de ahí que la frontera se trazara en el «insulto» entendido formalmente)¹⁰⁴³; ahora parece que se supera esta frontera para proscribir expresiones que, sin ser en sí mismas un insulto, puedan

¹⁰⁴³ Vid. *supra* nota 1041 en este Cap.

considerarse que tienen un sentido vejatorio. En mi opinión, pudiera considerar admisible esta pauta siempre que fuera interpretada en el sentido de que quedarían proscritas aquellas expresiones que sí que demuestren una carga ofensiva y humillante, aunque lingüísticamente no sean un insulto, sobre todo por ese mayor reproche que se puede hacer por afectarse no sólo al honor, sino también a la dignidad en relación con el principio de igualdad y de no discriminación. Además, hay que considerar que en ocasiones una expresión «encubierta», sibilina y afirmada, puede incorporar un desprecio y un menoscabo del honor de una persona incluso mayor que un insulto propiamente dicho. Sin embargo, el problema es que, como expresa DÍAZ REVORIO, el Tribunal parece que opera «más que como reconocimiento del derecho al honor (incluso de un grupo), en defensa de los valores constitucionales supremos, como es principalmente la dignidad de las persona»¹⁰⁴⁴. Y, con ello, se puede abrir la puerta a una peligrosa pendiente resbaladiza: «Basta imaginar una hipótesis similar, pero en la cual las ofensas fueran dirigidas frente a grupos perfectamente definidos, pero sin contenido racista (por ejemplo, manifestaciones de tono despectivo –no manifiestamente insultantes– hacia los miembros de una determinada profesión, o los habitantes de un territorio) para poner en duda que la solución dada hubiera sido la misma»¹⁰⁴⁵. Es por ello que, para tratar de conjurar este riesgo y evitar que la dignidad humana o del principio de igualdad terminen erigiéndose como un límite ideal frente a expresiones por su mero contenido de signo discriminatorio, sería necesario que para justificar la proscripción constitucional se constatará una verdadera capacidad vejatoria o degradante hacia una persona en tanto que colectivo de un grupo¹⁰⁴⁶. Además, esta capacidad o sentido menospreciativo creo que debiera verificarse no sólo en el «ánimo» del sujeto, sino que habría de encontrarse en el sentido objetivamente degradante que las mismas puedan tener para la persona, lo cual exige valorar que las expresiones, por su sentido y contenido, por las circunstancias en las que se den, fueran efectivamente vejatorias y ofendieran a personas. No obstante, reitero que se trata de una pauta muy

¹⁰⁴⁴ F. J. DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁴⁵ *Íbidem*.

¹⁰⁴⁶ En contra, por ejemplo, MARTÍNEZ SOSPEDRA, quien ve en esta sentencia fundamento para sostener que «las expresiones racistas o xenófobas no se hallan privadas de protección constitucional porque sean injustas, desagradables o peligrosas, resultan constitucionalmente ilegítimas por serlo, por cuanto manifiestan una posición ideológica de fondo incompatible con el orden de convivencia establecido como vinculante por la Ley fundamental» («No todas las ideas son respetables...», *op. cit.*, p. 5795). En el mismo sentido, *vid.* M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, p. 103).

delicada, que puede abrir la puerta a la tutela de meras sensibilidades más que a auténticas ofensas¹⁰⁴⁷.

Como valoración de cierre, el Tribunal en esta sentencia aprovechaba el amparo constitucional para sentar las pautas que han de regir la ponderación constitucional en la limitación al ejercicio de la libertad de expresión ante discursos racistas, que además ofrecen pistas para la resolución del discurso negacionista. A resultas de esta sentencia, *el negacionismo sólo podrá ser privado de protección constitucional en tanto que se identifique con el «discurso del odio»*, entendiendo éste como el discurso dirigido a menospreciar o discriminar a un colectivo étnico, racial, etc. Ahora bien, el proceder del amparo resulta paradójico en un punto: el Tribunal realizó una «ponderación constitucionalmente adecuada» del caso, atendiendo tanto a trazar unas reglas abstractas de ponderación como a una ponderación orientada a las circunstancias, para resolver si estaba o no amparada constitucionalmente la conducta. Pero al no devolver la cuestión al órgano de instancia generó entonces un problema: y es que si bien reconoció la vulneración del derecho de la recurrente, el Tribunal no entró (ni podía entrar) en el resto de consecuencias, en este caso reparatorias por ser la vía civil, que la legislación ordinaria preveía como reacción a la vulneración de un derecho fundamental¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁷ Así las cosas CUERDA ARNAU señala que «[e]s cierto que tales afirmaciones traslucen la actitud racista o xenófoba de quien las hizo y que, en efecto, tienen aptitud más que suficiente para herir la sensibilidad de la recurrente y, en general, de todos los ciudadanos sensatos. Sin embargo, ello no basta.» («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, p. 101). Considera incluso que lo que vino a hacer el Tribunal Constitucional era «una declaración institucional de contenido ético en contra del racismo y la discriminación» (*ibidem*). En mi opinión la aptitud para «ofender» a los miembros del colectivo puede, al tener un notable componente humillante, justificar el privar a tales expresiones de protección constitucional. Cuestión distinta es que ello baste para justificar su sanción penal. De todos modos, no era el caso en el proceso de Violeta FRIEDMAN que se trataba de una causa civil.

¹⁰⁴⁸ Así lo ponía de manifiesto el voto particular del magistrado GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REQUERAL.

2.2. La sentencia al caso cómic racista (STC 176/1995): la humillación a la base del discurso racista como límite a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto

2.2.1. Hechos y delimitación de los bienes en conflicto. La libertad de expresión en un ordenamiento abierto y el derecho al honor de un colectivo

El 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 revisionista del Holocausto. La querrela había sido promovida por las Asociaciones «Amical de Mauthausen» y «B'Nai B'Rith de España».

El Tribunal Constitucional al analizar el conflicto comenzaba, como es habitual, delimitando los bienes constitucionales en conflicto. Entendía a este respecto que se contraponían la libertad de expresión y el derecho al honor. Con respecto a la libertad de expresión, el Tribunal consideraba que sería ésta la que entrara en juego, y no la libertad de información, ya que se trataba de enjuiciar un «cómic» con un claro contenido «narrativo» con preponderancia del elemento crítico¹⁰⁴⁹. Lo importante es destacar que el Tribunal consideraba que el comic, con un contenido claramente negacionista, sin embargo debía quedar protegido *prima facie* en el ámbito de protección de la libertad de expresión. De hecho advertía el Tribunal: «Es 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» (FJ 2º). Como se ha venido señalando, nuestro orden constitucional es abierto y no excluye *a priori* ningún tipo de contenido. En el caso, afirmaba el Tribunal que «no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. *La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria*» (FJ. 2º) -cursivas mía-. El Tribunal se manifestaba de forma meridiana: no es competencia de los jueces determinar la «verdad histórica» y pensar que ésta se puede dilucidar en los tribunales es propio de un dogmatismo totalitario. Conclusión que reforzaba todavía más: «La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de la censura previa» (FJ.

¹⁰⁴⁹ En concreto indicaba el Tribunal: «hay que situarlo en principio dentro de una lícita libertad de expresión, en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor» (FJ. 2º).

2º). Una cosa es por tanto la «veracidad» de un hecho y otra bien distinta es tratar de asentar «verdades» dogmáticas en ámbitos esencialmente controvertidos y no susceptibles de una prueba directa como es la discusión histórica¹⁰⁵⁰. Además sostenía el Tribunal que tampoco era su competencia la de entrar en el acierto o desacierto de un planteamiento, en la exactitud de las soluciones que proponga, ni «tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto» (FJ. 2º).

El Tribunal asentaba así varias ideas: en primer lugar, que cualquier opinión o juicio de valor estaría *prima facie* protegido por la libertad de expresión, por más que pudiera resultar peligroso o contrario a los valores constitucionales. Segundo, que no cabría fijar «verdades absolutas» en sede judicial sobre discusiones históricas, advirtiendo que tal pretensión es propia de sistemas totalitarios. Tercero, tampoco le correspondería al Tribunal ser un corrector del «buen gusto»; tales cuestiones pueden tener una relevancia social, pero no jurídica.

Además, en esta primera delimitación el Tribunal señalaba que en tanto que editor de una revista se debía considerar que, en principio, estaba en juego la especial protección constitucional que se debe garantizar a los profesionales de la información.

En cuanto al honor, reconocía el Tribunal Constitucional que se trataba de un derecho con un contenido «lábil y fluido, cambiante» según las normas, valores e ideales sociales de cada época (FJ. 3º). Por lo que se refiere a su titularidad consideraba que, aunque se trata de un bien personal, desde una perspectiva constitucional también puede corresponderle a los individuos «como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso» (FJ. 3º). De tal manera que reconocía así la posibilidad de ofender el honor del pueblo judío «en su conjunto», como grupo de personas identificable, y, en consecuencia, consideraba que si se le atacaba a título colectivo también podía entonces defenderse en una dimensión colectiva; otorgándole legitimidad, «por sustitución, a personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano» (FJ. 3º). Por tanto, si en el caso Violeta FRIEDMAN lo que se reconocía era la posibilidad de que el honor de una persona se viera ofendido por vituperios genéricos contra un colectivo, ahora lo que se

¹⁰⁵⁰ CATALÁ I BAS critica al Tribunal que «relativice una cuestión» que a su juicio no admite género de dudas y considera que «la realidad del Holocausto no es discutible ni su contexto es polémico, es un hecho histórico no solamente es un hecho notorio sino que está establecido con plena exactitud mediante pruebas abrumadoras de todo tipo» (*La libertad de expresión..., op. cit.*, p. 353).

afirmaba es que entidades o colectivos pueden también reclamar su tutela, aunque sea por sustitución.

2.2.2. La ponderación de los bienes en conflicto ante un grosero y vejatorio cómic: menosprecio a las víctimas, tutela de la infancia y salvaguarda de la moral pública

En la ponderación concreta entre los bienes en conflicto el Tribunal recordaba que la Constitución no ampara un pretendido «derecho al insulto» y que, en consecuencia, no se considerarían protegidos constitucionalmente los «apelativos formalmente injuriosos» innecesarios (FJ. 5º). Así las cosas, el Constitucional se proponía indagar en la carga ofensiva del cómic para valorar si el mismo debía o no quedar amparado.

Entendía el Tribunal 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*» (FJ. 5º) –cursivas mías-. Esta última afirmación merece una particular atención. Si el propio Tribunal había comenzado reconociendo que la Constitución española ampara incluso a quienes la niegan (FJ. 2º), ¿por qué enfatiza entonces que la actitud racista que trasluce en el comic resulta contraria a los valores protegidos constitucionalmente? A mi juicio el problema no hay que buscarlo en si tal actitud resulta contraria o estimula los valores constitucionales; la cuestión para determinar si la misma debe privarse o no de protección residiría en su potencial ofensivo frente a otros bienes constitucionales. *Un potencial lesivo que debería residenciarse en algo más que «contrariar» el orden ideal de valores democráticos.*

El Tribunal seguiría indagando la carga ofensiva del cómic y señaló como elemento a considerar que al tratarse de un tebeo el mismo iba dirigido a niños y adolescentes; un público particularmente sensible porque se trata de personas «aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles» (FJ. 5º).

Sintetizaba de esta manera la carga ofensiva en varios niveles. Se 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. Concluía en este último sentido que «[l]a apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional» (FJ. 5º). Negaba además la eficacia exculpatoria al *animus iocandi* que los tribunales tampoco habían reconocido.

Por todo lo cual consideraba que el cómic, «que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío; con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra» (FJ. 5º). De manera que los tribunales habrían aplicado el delito de forma constitucionalmente adecuada.

El FJ. 6º lo dedicaba a una reflexión de cierre sobre la censura previa en la que descartaba que se pudiera identificar con la misma la autodisciplina del editor que se regula en la Ley de Prensa.

2.2.3. Valoración crítica

Como valoración crítica de la sentencia, en el caso del cómic racista el Tribunal Constitucional volvía a ubicar la problemática, como hiciera en el asunto Violeta Friedman, como un supuesto de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor de un colectivo. La cuestión residiría por tanto en cotejar las

pautas o cánones de los que se ha valido para constatar la ofensividad de las expresiones y en consecuencia privarlas de protección constitucional.

A la hora de revisar la ofensividad del cómic el Tribunal hizo un análisis un tanto entremezclado, tanto de los bienes susceptibles de lesionar como de las formas ofensivas. Junto al honor, que es además el bien objeto de tutela por el delito de injurias que le había sido aplicado, añadía la necesaria protección de la juventud y de la infancia, pero, lo que resulta más distorsionante, realizaba una serie de apreciaciones sobre el carácter obsceno de las viñetas que le llevaba a considerar a la «moral» entre los límites excedidos en el ejercicio de la libertad. También añadía la «apología del odio» y el carácter contrario a los valores protegidos constitucionalmente; elementos todos ellos ajenos al tipo de las injurias. Y es que el Tribunal Constitucional resolvía este amparo en una dimensión constitucional previa a la consideración de la norma restrictiva, haciendo una ponderación global de las circunstancias del caso que supera el ámbito del precepto legal que «fija» como límite la injuria.

Centrándose entonces en el enjuiciamiento en su dimensión puramente constitucional, con independencia de la letra del precepto que determina las injurias, el Tribunal volvía a señalar que cuando una expresión tenga contenido «racista» y resulte «humillante» o «vejatoria», aunque en sentido estrictamente lingüístico no se considere un «insulto», sin embargo deberá quedar privada de protección constitucional. Lo mismo ocurría con las expresiones apologéticas y en particular en el «discurso del odio», cuya base ofensiva la sitúa en resultar humillantes para las víctimas. En estos casos se lesionaría el honor de las personas, reforzado por el valor de la dignidad humana. El Tribunal no mencionó en esta sentencia, sin embargo, el valor de la igualdad. Se plantea el problema ya señalado en la sentencia anterior de si, por un lado, cualquier expresión de contenido racista va a ser considerada *per se* excluida de protección constitucional, y, por otro, la pendiente resbaladiza a la que puede conducir alejarse del más definido concepto del «insulto» por otras referencias genéricas al carácter humillante o vejatorio de unas expresiones.

La «protección de la juventud y de la infancia» es un límite que la propia Constitución expresamente refiere en su art. 20.4 y, por tanto, no presenta dudas la posibilidad de privar de protección constitucional a expresiones que, como indicaba el Tribunal, pudieran «deformar» o «corromper» a los mismos. Más difícil es definir aquello que «deforma» o «corrompe», aunque un cómic racista parece no presentar dudas al respecto.

Más problemáticas son las referencias que realizaba el Tribunal a la «moral» como límite implícito a la libertad de expresión. Referirse al contenido

«pornográfico», el cual superaría el «nivel tolerable» para la sociedad española, supone la posibilidad de excluir de protección constitucional expresiones en atención a un puro «reproche ético». Nuestra Constitución voluntariamente no dispuso la «moral» como un potencial límite de la libertad, y de hecho se preocupó de que todos los bienes que expresamente fundamentan un límite a la misma tuvieran una titularidad personalista, por lo que opino que admitir de forma «implícita», amparándose en textos internacionales, un límite ideal de contenido ético como la moral supone andar en contra de la orientación axiológica de nuestra Constitución. En este sentido, el art. 10.2 de la Constitución no creo que pueda utilizarse como una ventana para reconocer límites no queridos por la Constitución al ejercicio de las libertades fundamentales¹⁰⁵¹. Si la Constitución optó por un carácter abierto y personalista, no son los convenios internacionales quiénes para justificar una mutación del sentido dado por nuestro constituyente¹⁰⁵².

De igual manera resultan también desconcertantes las referencias a la «contradicción» de las expresiones racistas con los «principios» y «valores» protegidos constitucionalmente. Como se ha dicho anteriormente, la «ofensividad» de una conducta para ser privada de protección constitucional en un orden abierto debe ir más allá de la mera «contradicción» ideal de los valores proclamados por el sistema democrático. No importa que no aporten nada a la sociedad, porque el fundamento de su protección es la propia libertad individual. Tampoco creo que quepa su exclusión de protección constitucional incluso por ser usados en un sentido o con un ánimo contrario a los valores consagrados por nuestro orden democrático. Cuestión distinta es que cuando una manifestación tenga un contenido de particular relevancia para la opinión pública se pueda apreciar el mismo en sentido positivo para reconocerle una mayor protección. Así las cosas, la privación de protección de un discurso entiendo que deberá justificarse no porque resulte «inútil» socialmente, tampoco porque sea «contrario» a los valores democráticos, sino por constatarse que es «dañino» socialmente, y que tal nocividad se puede traducir en sentido jurídico en una ofensividad para un bien jurídico de índole constitucional; sólo en tal caso cabe entonces privar de protección a manifestaciones *prima facie* protegidas.

¹⁰⁵¹ En este sentido, MEDINA GUERRERO: «El mandato de interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España es objeto, por tanto, quizás desorbitadamente, de una lectura amplia, pues contempla a dichos textos no sólo como unos referentes hermenéuticos destinados a garantizar a los derechos un mínimo de protección, sino también como normas que vienen a completar el sistema de límites directamente inferible de la Constitución» (*La vinculación negativa del legislador...*, op. cit., p. 88).

¹⁰⁵² *Vid. infra* Cap. 8, epígrafe 5.

Como último punto reseñar que el Tribunal, como se ha visto, se concentra en verificar la adecuada ponderación constitucional en la resolución de la colisión entre derechos fundamentales. Sin embargo, no dedica ninguna referencia a considerar el hecho de que la respuesta a tal exceso tenga una relevancia tal como para ser sancionada penalmente. Una cosa es que una conducta no merezca protección constitucional, y por ende la consideramos injusta constitucionalmente, y otra es que tenga relevancia para ser sancionada penalmente. El salto es importante. A este respecto habría que haber considerado tanto el principio de «prohibición de exceso» como el posible «efecto disuasorio» de la sanción¹⁰⁵³. Ningún argumento ofrece por el contrario el Tribunal Constitucional sobre estos aspectos, cuestión que liquida con un mero «aplicó el tipo delictivo desde la perspectiva constitucionalmente adecuada» (FJ. 5º).

2.3. Conclusiones: la proscripción constitucional del discurso racista en tanto que menospreciante y vejatorio para un grupo social. Honor y dignidad humana como límites

Recapitulando lo analizado hasta el momento, las conclusiones más relevantes de estas sentencias podrían sintetizarse en los siguientes puntos: primero, la Constitución española no excluye del ámbito de protección *prima facie* a ningún tipo de discurso por más que el mismo resulte contrario a los valores reconocidos por la misma. Nuestra Constitución configura un orden abierto que rechaza concepciones militantes, aunque mantiene un claro orden axiológico que deja su primera traza en el reconocimiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Segundo, el derecho al honor es un bien de naturaleza personalista, si bien se puede ver afectado por ataques referidos a colectivos con los que una persona pueda identificarse. De forma que el honor, en caso de ataques a colectividades, puede ser defendido por las personas que perteneciendo a tales grupos sociales se puedan sentir ofendidas o por las entidades representativas de los propios colectivos.

Tercero, el discurso racista, en tanto que sea identificado por expresiones dirigidas al menosprecio de un grupo social, no quedará protegido constitucionalmente por lesionar el honor y la dignidad humana, reforzadas por la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. La conjunción de estos valores (honor, dignidad humana, igualdad) dan un especial «peso

¹⁰⁵³ Vid. *infra* epígrafe 5.3.7 en este Cap.

específico»¹⁰⁵⁴ que los hace prevalecer sobre el ejercicio de la libertad de expresión incluso cuando ésta se encuentra reforzada por la libertad ideológica.

Cuarto, la carga ofensiva del discurso racista que justifica la privación de protección se concentra en su disposición a «despreciar» o «humillar» a las víctimas, ello aunque en sentido estrictamente «lingüístico» no se trate de «insultos innecesarios» (expresiones «formalmente» injuriosas). De tal suerte que ante este tipo de discursos la pauta que sirve para definir la frontera de la limitación a la libertad se encontraría en ese carácter «humillante» propio de las expresiones racistas y no en el canon más definido de lo «formal» e «innecesariamente» injurioso. Un sentido vejatorio que se podría plantear desde un punto de vista objetivo, sobre la base del carácter vejatorio del discurso, o desde una perspectiva subjetiva, atendiendo a la intencionalidad de su emisor. Por otro lado, puede plantearse si pudiera darse una manifestación de contenido «racista» pero que, sin embargo, no reúna tal virtualidad o disposición «vejatoria» (por ejemplo, un libro que de manera aséptica tratara de justificar la superioridad de unas razas sobre las otras), y, en consecuencia, quedara amparada. En este sentido, aunque una primera lectura de estas sentencias pudiera llevara a entender que el Tribunal Constitucional termina reconociendo un sentido «vejatorio» ínsito en todo discurso racista; a mi juicio, en la medida que el Tribunal no prohíbe el «racismo» como pura expresión «ideológica» contraria a los valores democráticos¹⁰⁵⁵, y además se detiene en la comprobación de todas las circunstancias concretas para valorar su proscripción más allá de su puro contenido; ello me lleva a considerar que de ponerse de manifiesto que no había una intencionalidad de menosprecio o que en el caso no tuvo tal contenido

¹⁰⁵⁴ Como expresa LAURENZO COPELLO, «el TC se inclina por establecer una estrecha relación entre la discriminación y la dignidad humana, sentando así las bases para predicar la especial gravedad de las conductas vinculadas a dicho fenómeno [el racismo] y, con ello, la justificación de la intervención penal» («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, p. 221).

¹⁰⁵⁵ En contra sostiene M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «No todas las ideas son respetables...», *op. cit.*, p. 5796, que con esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional viene a excluir de protección constitucional más que unas expresiones determinadas, sino que proscribire «determinadas “concepciones del mundo”», como el nacionalsocialismo, que responden a un ideario contrario a los valores constitucionales (en el mismo sentido, ÍD., «Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, p. 106). CATALÁ I BAS, a la luz de la jurisprudencia constitucional «no son amparables las declaraciones que estilen un mensaje xenófobo o racista», ya que con ellas se ataca «no sólo el honor de los afectados sino el orden político y la paz social» (*La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 108). Concluye que la difusión o defensa del nacionalsocialismo tampoco tendrá cabida en la libertad de expresión pues «dicha doctrina es *per se*, racista y violenta» (*ibidem*, p. 110). En sentido similar, *vid.* ÍD., *La libertad de expresión...*, *op. cit.*, p. 348 y ss. y ÍD., «¿Tolerancia frente a la intolerancia?...», *op. cit.*, pp. 163 y ss.

degradante -por muy racista que fuera su contenido de fondo-, el discurso debería entenderse amparado. En cualquier caso, considero que se ha de ser muy cauteloso ya que, como se ha manifestado, a diferencia del «insulto» entendido en sentido formal, el cual tiene un contenido ideológicamente «neutro» y se define por unos rasgos «lingüísticos», lo que no se puede es aprovechar la invocación de la dignidad humana o del principio de igualdad para erigir un límite de contenido a un tipo de manifestaciones, por muy despreciables que resulten ética o socialmente. Por tanto, una adecuada lectura de este par de sentencias debe llevar a entender que el «lenguaje del odio» proscrito constitucionalmente debe ser caracterizado porque *en concreto las expresiones revisten un carácter «degradante» o «vejatorio», aunque formalmente no sean un «insulto» (en sentido lingüístico)*. Tal carácter vejatorio deberá apreciarse en el ánimo de despreciar del autor¹⁰⁵⁶, pero sobre todo atendiendo a una dimensión objetiva, valorada además según un juicio social medio. El problema estaría entonces en que «[e]l lenguaje del odio es muy variado y tiene multitud de manifestaciones»¹⁰⁵⁷; por lo que identificar *a priori* aquello que es lenguaje de odio como manifestación de menosprecio resulta complejo¹⁰⁵⁸. De manera que, al final, deberán ser los jueces quienes en el caso en concreto constaten si se dan tales elementos para privar a un discurso de protección, si bien sobre las pautas aquí señaladas. Por otro lado, cuestión distinta es que, como de refilón menciona el Tribunal en la sentencia al caso cómic, el discurso racista pudiera también considerarse ofensivo por incitar a realizar hechos ilícitos discriminatorios (actos de violencia, actos de discriminación, etc.), algo que, a mi entender, debiera exigir un enjuiciamiento de la efectiva idoneidad provocadora de las expresiones para que fueran privadas de protección.

Quinto, el *discurso negacionistas* sólo podrá ser excluido de protección constitucional si se justifica que el mismo *contiene la carga vejatoria o humillante requerida para ser calificado como «discurso del odio»*. La mera revisitación del hecho histórico del Holocausto, en términos de análisis histórico y también de revaloración moral, queda amparada constitucionalmente. Por tanto, no se puede

¹⁰⁵⁶ En sentido similar expresa BARRERO ORTEGA: «tiene un límite en las manifestaciones racistas, xenóforas o humillantes que incitan a actitudes constitucionalmente inaceptables. El ánimo de menospreciar o discriminar a personas o grupos en razón de cualquier condición o circunstancia personal, ética o social priva de protección al juicio o a la expresión que incorpore un determinado entendimiento de la historia o una peculiar cosmovisión» («Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio», en J. CRUZ DÍAZ, José y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª ed., Anthropos, Barcelona, 2009, p. 95).

¹⁰⁵⁷ M. SAAVEDRA LÓPEZ, «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», *Persona y Derecho*, n. 55, 2006, p. 566.

¹⁰⁵⁸ A este respecto, *cfr.* M. SAAVEDRA LÓPEZ, «El lenguaje del odio en la jurisprudencia...», *op. cit.*, *passim*.

presumir que toda expresión negacionista sea en todo caso una manifestación ofensiva.

Sexto, debe admitirse con cautela la afirmación de límites implícitos como la moral pública, reconocidos en tratados internacionales pero que no se compadecen con la vocación personalista de nuestra Constitución plasmada en el reconocimiento de límites a la libertad de expresión de naturaleza estrictamente personalista (honor, intimidad, otros derechos y libertades fundamentales, etc.).

Séptimo, el Tribunal Constitucional en sus juicios de amparo se preocupa únicamente de controlar la adecuada ponderación constitucional para determinar si la conducta controvertida debiera o no quedar protegida constitucionalmente, con independencia del tenor del precepto que actúa como límite. Ello tiene como contrapartida, notablemente denunciada por el magistrado VIVES ANTÓN en votos particulares a otras sentencias¹⁰⁵⁹, que el Tribunal no valora el «efecto de

¹⁰⁵⁹ Así, en el voto particular a la STC 46/1998, ante la denegación del amparo por una condena por delito de desacato en razón de unas críticas realizadas a la conducta de una magistrada, el magistrado VIVES ANTÓN mostraba su acuerdo con que las expresiones enjuiciadas habían «rebasado los límites de la libertad de expresión», pero se encontraba en contra de que las mismas fueran meritorias de condena penal: «en supuestos como el aquí enjuiciado, que carecen de suficiente gravedad, no puede utilizarse como medida sancionadora la pena criminal grave, dado que semejante instrumento represivo conlleva un “efecto de desaliento” sobre la libertad de expresión, incompatible con la tutela del derecho fundamental». En sentido similar disintió de la STC 78/1995 en la que se otorgaba amparo y reconocía el honor de los recurrentes, anulando las sentencias que absolvían por el delito de injurias. Entendía VIVES ANTÓN que, aunque estaba de acuerdo con la injerencia en el honor, sin embargo no debían haberse anulado las sentencias ya que las conductas no merecían sanción penal: «el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen de libertad de expresión cual el que la Constitución española consagra. Si bien la libertad de expresión no comporta ningún derecho al insulto, creo que las expresiones insultantes vertidas en el presente caso ni son lo suficientemente fuertes ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que en el artículo enjuiciado se efectúa como para que el recurso al derecho penal criminal no resulte exorbitante [...]. La mera posibilidad de que aquí se castigue penalmente el exceso, me parece contraria al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión». Y en su voto disidente a la STC 79/1995 incidía en esta misma posición ante una sentencia que denegaba el amparo por una presunta violación del derecho al honor y confirmaba la absolución: «Para llegar a una resolución igual en ambos casos, respetuosa con el contenido esencial de la libertad de expresión y que no menoscabe el derecho al honor, tan fundamental como aquélla, procede en mi opinión, abordar el tema planteado desde otra perspectiva, esto es, no desde la perspectiva de si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión a que se refiere el artículo 20.4 CE, sino desde la perspectiva de si ese exceso justifica o no el recurso a la vía penal». Añadía entonces: «La libertad de expresión necesita de un amplio espacio para desarrollarse [...]. Si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión [...] puede producir sobre ésta un “efecto de desaliento” que limite indebidamente el libre flujo de opiniones». Algo que le llevaba incluso a cuestionar la constitucionalidad del castigo de las «injurias leves». Al final, el fundamento último del rechazo al castigo penal y la base de ese mayor «efecto de desaliento» que genera este género de castigo se asentaba sobre la primera afirmación de que el

desaliento» y la «prohibición de exceso» que puede derivarse del uso de la sanción penal como respuesta a una conducta «injusta constitucionalmente». Porque el calificar una conducta como «injusta» en sentido constitucional, y por tanto no ampararla, no justifica de manera necesaria el recurso a la sanción penal. Algo que puede llevar a cuestionar no sólo la restricción en concreto sino también la formulación abstracta de un delito.

3. El contexto del delito de negacionismo: los delitos de provocación en la legislación española contra el genocidio y anti-racista (la más concreta visión penalista)

Antes de entrar en el estudio concreto del delito de negacionismo conviene presentar, aunque sea a modo introductorio, algunos delitos con los que guarda un parentesco inmediato. Son tipos penales, sobre todo la apología, ese «fantasma que recorre el Derecho penal de la democracia»¹⁰⁶⁰, que han dado pie a un intenso debate doctrinal a lo largo de la historia de nuestro derecho penal democrático. Lógicamente no es éste el espacio para hacer un estudio exhaustivo, pero al menos sí para poder recoger algunas de sus problemáticas, las cuales, como se verá, se proyectan como sombras en la configuración del delito de negacionismo. En particular, se introducirá aquí el castigo de la apología en el Código penal español y los delitos de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1 Cp.), el de difusión de injurias por motivos racistas (art. 510.2 Cp.) y el de amenazas colectivas (art. 170 Cp.).

3.1. El castigo de la apología en el Código penal español de 1995

La apología, como se ha adelantado, es una figura cuyo castigo ha sido muy controvertido según los cánones de un Derecho penal democrático¹⁰⁶¹. El término

reproche penal exige una mayor gravedad que aquella que puede justificar la proscripción constitucional.

¹⁰⁶⁰ T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 814 y ÍD., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *op. cit.*, apartado. II.1.

¹⁰⁶¹ Para una visión general sobre la apología, *cf.*, a nivel monográfico, S. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*. Comares, Granada, 2004; R. REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, y M^a. J. RUIZ LANDÁRUBU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, COLEX, Madrid, 2002. Estudios concretos sobre esta figura, *vid.* 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; M. COBO DEL ROSAL, «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», J. LÓPEZ

apología viene definido con carácter general como un «discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo»¹⁰⁶². La clave en la definición de aquello que representa la apología es «defender», «ensalzar», «alabar» una persona o un hecho¹⁰⁶³. Sin embargo, el significado del léxico social no tiene por

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; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La apología delictiva», *Actualidad Penal*, n. 34, 1997, pp. 755-764; T. S. VIVES ANTÓN, «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *op. cit.*; M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, n. 128, 2007, pp. 91-121; ÍD., «Observaciones en torno...», *op. cit.*; ÍD., «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 3, 2008, pp. 60-97; L. GONZÁLEZ GUITIÁN, «La apología en la reforma penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense V Jornadas de profesores de Derecho Penal*, monográfico 6, 1983, pp. 381-398; J. A. BELLOCH JULBE, «Libertad de expresión y violencia. La apología», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 32, 1993, pp. 33-57; ÍD., «Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información terrorismo: la “apología” del terrorismo», en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 17-38; C. LAMARCA PÉREZ, «Apología: Un residuo de incriminación de la disidencia». *La Ley Penal* [base de datos laleydigital.es], n. 28, 2006; A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, 2010, pp. 13-80; P. SÁNCHEZ-OSTIZ, «La apología del delito», *Persona y Derecho*, n. 55, 2006, p. 619-652; J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», *AFDUC*, n. 12, 2008, pp. 771-793; J. MIRA BENAVENT, «El caso del diario “Egin”: comentario a la sentencia del TC de 12 de diciembre de 198», *ADPCP*, 1987, pp. 505-528; A. ASÚA BATARRITA, «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 3, 1998, pp. 1638-1646; R. REBOLLO VARGAS, «La apología y el “presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento”», *Jueces para la democracia*, n. 28, 1997, pp. 36-38. En voces enciclopédicas, comentarios al Código y manuales, *cfr.*, 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; J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET, «Artículo 18», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. I., Edersa, Madrid, 1999, pp. 896-951; D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002; I. SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1998, pp. 255 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General...*, *op. cit.*, pp. 574 y ss.; G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, 6ª ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 171 ss.; J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 143 ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 176) M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010; C. M. LANDECHO VELASCO y C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español...*, *op. cit.*, p. 470; C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, p. 336.

¹⁰⁶² Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, avance de la 23ª edición, accesible en línea.

¹⁰⁶³ Algo que según D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, *op. cit.*, p. 77, permite excluir «la mera aprobación, simpatía o alegría no ocultada». No obstante, esta cuestión en un sentido lingüístico tiene una relevancia relativa, ya que lo que importa será la definición que penalmente se adopte.

qué coincidir con el penal¹⁰⁶⁴. De hecho, en el ámbito penal la significación, la naturaleza y la fundamentación de la apología han sido largamente discutidas. 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 público¹⁰⁶⁵; c) Como forma de provocación al delito¹⁰⁶⁶.

El Código penal de 1995 opta por esta última opción y castiga la apología como forma de provocación, situándola entre los actos preparatorios del delito¹⁰⁶⁷. No obstante, la elección no deja de ser problemática ya que resulta difícil dar lectura como forma de «provocación» de aquello que, como se ha dicho, se

¹⁰⁶⁴ En este sentido, señala VIVES ANTÓN que «creo que no hay un concepto prejurídico de apología que la identifique con la incitación indirecta, diferenciándola “ontológicamente” de la provocación. Por ello, pienso que el legislador puede distinguir entre el *concepto* de apología, en el que pueden tener cabida tanto las incitaciones “indirectas” como las directas, y la *punibilidad* de la apología que, sin duda, puede ceñirse legítimamente a las últimas, esto es, a aquellos supuestos en que la apología oficia de provocación y es, también, provocación» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 818 y «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *op. cit.*, s.p.). En el mismo sentido, M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, p. 92, advierte que no existe un «concepto “natural”» de apología como algunos pretenden, sino que «el contenido de ésta depende de lo que el legislador disponga en el tipo concreto. Aquí no se pretende polemizar sobre si existe un concepto «natural» que se imponga al legislador; lo que sí que es cierto es que existe un sentido lingüístico que, si bien puede luego ser modulado por el legislador, éste tampoco puede desconocerlo de forma absoluta.

¹⁰⁶⁵ En la doctrina española, *cfr.* L. GONZÁLEZ GUITIÁN, «La apología en la reforma penal», *op. cit.*, *in toto*, quien postulaba a favor de la configuración de la apología como tipo autónomo cuyo bien jurídico fuera la «paz pública»

¹⁰⁶⁶ Sobre las distintas fundamentaciones de la apología, *cfr.*, D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, *op. cit.*, pp. 77-78; o M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 102 y ss. También, *vid.* B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva...», *op. cit.*, pp. 195 ss., con una presentación de las posiciones mayoritarias en el Derecho español.

¹⁰⁶⁷ M. POLAINO NAVARRETE 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» («Artículos 17 y 18», *op. cit.*, p. 954). Siendo el fundamento para su sanción «la particular peligrosidad que acreditan tales actos preparatorios objeto de la descripción positiva» (*ibidem*). «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» (*ibidem*, p. 955).

Además, como expresa BARBER BURUSCO 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» (*Los actos preparatorios...*, *op. cit.*, pp. 134 ss.).

entiende comúnmente por «apología»: ¿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-?

En concreto, el art. 18.1 Cp., después de definir la provocación¹⁰⁶⁸, recoge la apología en un segundo inciso: «*Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*». De tal suerte que la «apología», tal y como viene concebida por el Código penal, se trata de una forma de provocación directa, no indirecta¹⁰⁶⁹, que además tiene que tener carácter

¹⁰⁶⁸ Establece el primer apartado del art. 18 Cp. que: «*La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite su publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*».

¹⁰⁶⁹ A este respecto señala ALONSO RIMO que «a los términos *directo* (o “*directamente*”) e *indirecto* en el ámbito de la provocación, y que apunta al carácter *expreso* o *inequívoco* –en el primer caso-, o por el contrario, *implícito* o *encubierto* –en el segundo- de la llamada a delinquir; esto es, a la *forma* en que se estructura el discurso incitador o en que se articula –de manera explícita o bien implícita- el mensaje de provocación al delito» («Apología, enaltecimiento del terrorismo...», *op. cit.*, p. 21). Subraya entonces que «se ha considerado mayoritariamente que semejante naturaleza indirecta, por construirse en la apología la llamada a delinquir a través de la alabanza del delito o de su autor, resultaba inherente a dicha figura» (*ibidem*). Por su parte, J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET, indican que por «directa» se quiere significar que la invitación a delinquir no puede expresarse de forma encubierta o implícita; debe promoverse de forma «abierta y claramente la realización del hecho delictivo» («Artículo 18», *op. cit.*, p. 917). B. DEL ROSAL BLASCO advierte que el Código cae en un absurdo al calificar de «directa» la apología cuando simplemente podría haber exigido un dolo instigador a una conducta cuyo elemento objetivo fuera el de provocación indirecta. Al final, lo que ha hecho «es tanto como decir: *la apología, que no es igual que la provocación porque no es una incitación directa sino una incitación indirecta, sólo se castigará cuando, por su naturaleza y circunstancias, se convierta en una incitación directa, es decir, cuando se convierta en una provocación*» («La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 212). Lo dicho, un contrasentido... ALONSO RIMO entiende que es posible defender de forma más adecuada «que el art. 18.1 CP establece el criterio general de intrascendencia de la apología, incluidos también los casos en que ésta, entendida como elogio del delito o de sus autores, pueda tener efectos incitadores» («Apología, enaltecimiento del terrorismo...», *op. cit.*, p. 20). A juicio de este autor «el carácter directo que exige la provocación resulta, en efecto, incompatible con la apología, tal y como la define el art. 18.1 en la primera parte

público, siendo expuesta bien ante una concurrencia de personas o bien difundida por cualquier medio¹⁰⁷⁰. La apología como forma de provocación se caracteriza, además, porque deberá realizarse de una forma particular: mediante el enaltecimiento del delito (que puede ser un delito ya ejecutado o en sentido abstracto¹⁰⁷¹) o ensalzando a sus culpables¹⁰⁷². Y, a la postre, deberá constituir «una incitación inequívoca e inmediata a la comisión de un delito concreto»¹⁰⁷³.

de su segundo inciso; la apología, en su acepción legal, [...] *no admite ser conceptualmente una incitación directa o explícita*» (*ibidem*, p. 22). En contra de que exista tal concepto «prejurídico» de apología, *vid.* T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 818 y ÍD., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *op. cit.*, s.p.

¹⁰⁷⁰ De esta manera, la formulación actual de la apología en el art. 18.1 parece que «cierra el paso tanto a aquellas concepciones que la configuraban como un delito formal o de peligro abstracto-presunto, cuyo bien jurídico sería un difuso concepto de orden público, como a aquellas otras en las que subyacía el entendimiento de la apología como forma indirecta o encubierta de provocación caracterizada por el hecho de que en ella la llamada a delinquir se realiza a través de la alabanza del delito –ya realizado o como entidad abstracta– o de sus autores, y no de manera explícita» (M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, p. 97).

¹⁰⁷¹ El Tribunal Supremo ha afirmado que este delito «no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con pena [...] sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes (STS 4 de julio de 1994, rec. 3678/1993).

M. L. CUERDA ARNAU considera que «la apología punible sólo puede ir referida a una actividad constitutiva de delito», lo que se puede revestir en dos modalidades: ensalzar el crimen (consumado o como entidad abstracta) o enaltecer a su autor («Observaciones en torno...», *op. cit.*, p. 112). Para J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET «la invitación tiene que tener por objeto la realización, por parte del autor (único inmediato, coautores o autor mediato), de un hecho concreto que sea típicamente antijurídico y que aparezca descrito en el Libro II (siempre que constituya delito y no falta)» («Artículo 18», *op. cit.*, p. 917). En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE: «la apología delictiva presupone la anterior comisión de una acción típica, antijurídica culpable y punible, cuyo autor o realización se ensalce o enaltezca. En otras palabras, no podrá apreciarse conducta apologética cuando se ensalce o enaltezca una acción jurídicamente no reprobada, por muy éticamente despreciable que la misma fuera» («Artículos 17 y 18», *op. cit.*, p. 970). Y según RUIZ LANDÁRUBU, la apología tiene como objeto «el delito ya cometido mientras que en la provocación es el delito futuro» (*Provocación y apología...*, *op. cit.*, p. 101).

¹⁰⁷² DEL ROSAL BLASCO destaca que «no basta, para castigar la apología, con definir ésta en términos de mera aprobación o justificación del acto delictivo o de sus culpables, sino que debe de haber existido una exaltación, alabanza o elogio de dicho acto delictivo o de dichos culpables, pues en eso, y no en otra cosa, consiste el ensalzar el crimen o enaltecer al autor» («La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 209).

¹⁰⁷³ M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, p. 98. Una lectura apegada al tipo me lleva a entender que el objeto «difundido» tendrá que ser o bien «ideas o doctrinas que ensalcen el crimen» o directamente un enaltecimiento de su autor, por lo que parece que no se requiere que lo ensalzado sea un hecho delictivo consumado, sino que basta con una alabanza a favor de la comisión de genéricos delitos o de sus autores, siempre y cuando, como se ha dicho, termine constituyendo una provocación «directa» a cometer, en este caso sí, un delito en concreto (entendido en abstracto). De esta manera se deslindaría el «objeto» de las ideas difundidas (enaltecedoras del delito o sus autores) del delito al que «efectivamente» se provoca. Por ejemplo,

Asimismo, ha de ser «*apta e idónea* para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que *pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito*» -cursivas más-¹⁰⁷⁴. Ello porque el desvalor jurídico-penal de esta figura se traduce en la puesta en peligro de un bien jurídico¹⁰⁷⁵. En cuanto al tipo de dolo, la configuración de esta figura como forma de provocación parece llevar a que se requiera un «dolo instigatorio», es decir, un ánimo incitador¹⁰⁷⁶. Por último, señalar que los actos preparatorios sólo se castigarán cuando expresamente vengan recogidos para un delito en la parte especial del Código. En tal sentido, el art. 615 Cp. castiga específicamente la

podiera ocurrir que haciendo una exaltación del genocidio, ésta pueda actuar como provocación directa no al genocidio en sí, pero sí a la comisión de otros delitos relacionados. A este respecto MANZANARES SAMANIEGO indica que uno de los defectos técnicos de la nueva apología es que «[s]e entiende bien la tipificación independiente de la difusión de ideas o doctrinas particularmente peligrosas por ensalzar el crimen, pero esas apologías del crimen, más o menos en abstracto, poco tienen que ver con el crimen (o más modestamente, delito) al que diferenciadamente ha de referirse un acto preparatorio. Más difícil resulta todavía provocar la comisión de un delito concreto enaltecendo “a su autor”» («La apología delictiva», *op. cit.*, p. 761).

¹⁰⁷⁴ STS de 29 de noviembre de 1997, RJ 1997/8535, FJ. 30. Como afirma POLAINO NAVARRETE, «[m]ientras el destinatario del alegato apologético no se sienta impulsado, estimulado o incitado eficazmente hacia la realización de un comportamiento típico, por más que la apología entrañe un alto desvalor ético-social, tal conducta desde la perspectiva axiológica penal debe quedar fuera del ámbito de valoración típica, no pudiendo constituir materia de prohibición punitiva conforme al postulado de acto y del principio de protección» («Artículos 17 y 18», *op. cit.*, p. 972). CUERDA ARNAU entiende que es exigible una «“cierta” idoneidad», si bien a juicio de la autora la redacción del art. 18 deja abiertas dos posibles interpretaciones: a) Como una especie de «“provocación” *potencial e indeterminada*», lo que acabaría por convertir este delito en una suerte de delito contra el orden público cercana a su concepción como tipo penal autónomo; b) Como una «aptitud real -y no meramente potencial- para incitar o producir tal acción» («Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 112 y 113).

¹⁰⁷⁵ Así, POLAINO NAVARRETE, «en la apología, en contraste con el sorprendente modelo de 1995, paradigma de ausencia de rigor y de sentido democrático, sólo se puede comenzar a apreciar la característica de la puesta en peligro de un bien jurídico cuando la conducta apologética tiene un efecto social y jurídicamente desvalioso de incitación, a través de su propia fuerza suasoria a un tercero individualmente considerado o a un grupo colectivo en orden a la resolución de ejecución de una conducta tipificada en la norma penal» («Artículos 17 y 18», *op. cit.*, p.971). B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 207, entiende que la conducta del apologética se podrá considerar «potencialmente lesiva para un bien jurídico» cuando concurren el elemento objetivo (alabar, elogiar o defender una conducta delictiva o a su autor) y el elemento subjetivo (ánimo incitador). Para algunas consideraciones sobre el «contenido de injusto» de la apología, *cf.* P. SÁNCHEZ-OSTIZ, «La apología del delito», *op. cit.*, pp. 639 ss.). *Vid.* también los problemas que se suscitan con respecto a la eficacia de la provocación, en J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET, «Artículo 18», *op. cit.*, pp. 918 y ss.

¹⁰⁷⁶ En este sentido, afirma DEL ROSAL BLASCO: «el dolo del sujeto tiene que abarcar la capacidad incitadora de su acción apologeta, aquél ha de actuar, necesariamente, con “voluntad o finalidad de preconizar la ejecución del delito”, en una palabra: con ánimo incitador» («La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 210). *Cfr.* también, M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, p. 99.

provocación (y la apología como forma de provocación directa) para los delitos de genocidio¹⁰⁷⁷.

De manera que, al final, la apología no cuenta con un ámbito punitivo propio sino que se solapa plenamente con el castigo de la provocación. Esto pudiera tener una cierta lógica si al menos el Código la mencionara como acto preparatorio de algún delito de manera diferenciada a la provocación; pero no lo hace. De hecho, se da el «sorprendente»¹⁰⁷⁸ resultado de que se va a terminar castigando la apología, aunque ahora sea como provocación directa, para más delitos que para los que se contemplaba en el viejo Código penal, y, por ejemplo, se puede terminar castigando la apología de delitos como la apropiación indebida o la receptación¹⁰⁷⁹. Sin embargo, aunque se trata de una figura rayana con los principios constitucionales, el Tribunal Constitucional ha pasado por alto las oportunidades que ha tenido de definir claramente sus perfiles para afrontar una lectura constitucional de la misma¹⁰⁸⁰.

La mejor doctrina señala la «inutilidad» de la figura que quedaría subsumida en todo caso en el castigo de manifestaciones provocadoras¹⁰⁸¹. El

¹⁰⁷⁷ Según el art. 615 Cp.: «*La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en los capítulos anteriores de este Título [Delitos contra la Comunidad Internacional] se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos*».

¹⁰⁷⁸ Así lo define D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 79.

¹⁰⁷⁹ LUZÓN PEÑA entre otros nota «la curiosa consecuencia de que al menos sobre el papel, los supuestos de apología punible [...] son bastante más que los que castigaba el CP 1944/73» (*Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 79).

¹⁰⁸⁰ El Tribunal Constitucional hasta el momento sólo se ha referido a la apología en las SSTC 159/1986 y 199/1987. Cfr. un análisis de estas sentencias en M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», op. cit., pp. 96 y ss., quien concluye que lo único que se puede deducir en relación con el concepto de apología constitucionalmente admisible sería: «a) Que el concepto incorpora un elemento subjetivo del injusto; b) Que la apología no se confunde con las actividades elogiativas y c) Que no siempre puede entenderse como inductora o provocadora de tales delitos» (*ibidem*, p. 98). J. MIRA BENAVENT, «El caso del diario...», op. cit., p. 523, en una crítica a la sentencia de 1986, deduce como conclusión más importante que «el fundamento de la punición de la apología del delito sólo puede ser su *capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento punitivo*»; vulnerándose el derecho constitucional a la libertad de expresión en los supuestos en los que se castigan «meras opiniones y adhesiones ideológicas que deberían carecer de relevancia jurídico-penal» (*ibidem*, p. 525). De gran interés será también la sentencia relativa al delito de negacionismo, STC 235/2007, que será objeto de estudio posteriormente; y la STC 136/1999, sobre colaboración con banda armada.

¹⁰⁸¹ En este sentido, vid. B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva...», op. cit., p. 188, «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: «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

empeño de mantener este «*nullum* jurídico-penal»¹⁰⁸² en el ordenamiento, de mencionar expresamente la palabra «apología» para luego vaciarla de contenido punitivo propio, no es más que una reminiscencia anti-liberal¹⁰⁸³ que se

“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» («Sobre la apología criminal...», *op. cit.*, p. 106). Para J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET «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» («Artículo 18», *op. cit.*, p. 950). Según POLAINO NAVARRETE, «la incriminación de esta institución ha resultado manifiestamente fallida, por cuanto en definitiva a la misma se le asigna, no obstante la anterior definición, una función absolutamente simbólica» («Artículos 17 y 18», *op. cit.*, p. 970). Para RUIZ LANDÁRUBU «la tipificación, así realizada, de estas conductas es absolutamente incomprensible desde un punto de vista técnico-jurídico y, sólo explicable si se considera un error del legislador» (*Provocación y apología...*, *op. cit.*, p. 35). O MANZANARES SAMANIEGO: «no es sólo superfluo y perturbador, sino también defectuoso en sí mismo» («La apología delictiva», *op. cit.*, p. 761). VIVES ANTÓN reconoce que «para abarcar la apología punible basta con la definición de la provocación» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 819). RODRÍGUEZ RAMOS la califica como «figura perfectamente inútil» (*Compendio de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 177). Y en C. M. LANDECHO VELASCO y C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español...*, *op. cit.*, p. 471, se va más allá y afirman que «es totalmente prescindible, y que se podría suprimir sin alterar en nada la regulación de esta materia. Parece que la única motivación del legislador a la hora de introducir una pretendida regulación para la apología, es el deseo de que el término “apología” aparezca recogido de manera expresa en el Código».

LUZÓN PEÑA la califica de «superflua» (*Enciclopedia penal básica*, *op. cit.*, p. 79), y añade que «el resultado de la regulación de la apología en el art. 18.1 CP se torna vacío y, por tanto, absurdo, de manera que, para conseguirlo, habría bastado con no mencionar la apología (evitando confusas primeras impresiones)» (*ibidem*, p. 81). A pesar de ello el autor presenta algunas «utilidades» que puede tener su mención, aunque no justifiquen la regulación: pueda ayudar a interpretar los supuestos de apología en el Código Penal Militar en los términos del artículo 18 y podría justificar una interpretación restrictiva del art. 607.2 a la luz de la apología como forma de provocación. Sin embargo rechaza que se pueda dar tal lectura con el delito de enaltecimiento del terrorismo del 578 Cp.

Al entender de REBOLLO VARGAS, «lo que legitima el tratamiento diferenciado en el NCP de la apología y su consideración como “forma” de provocación son los destinatarios de la misma. Mientras que la apología, necesariamente, está caracterizada por la publicidad; los destinatarios de la provocación pueden ser tantos sujetos individuales o colectivos» (*La provocación y la apología...*, *op. cit.*, p. 132).

¹⁰⁸² Así, M. POLAINO NAVARRETE, «Artículos 17 y 18», *op. cit.*, «[l]a apología en cuanto tal pasa a ser un *nullum* jurídico-penal, al no ser nada en el vigente ordenamiento punitivo mientras no constituya una provocación a delinquir».

¹⁰⁸³ LUZÓN PEÑA pone de manifiesto como tal concepción «no se debe a un mero defecto de técnica legislativa. El resultado plasmado en el CP es, en mi opinión, debido a un intento (fallido) de conciliar dos tendencias politicocriminales antagónicas» (*Enciclopedia penal básica*, *op. cit.*, p. 79). Más contundente se muestra COBO DEL ROSAL: «Y así, con su cateta perversidad [del legislador], tiros y troyanos, todos contentos, menos aquellos que, como recuerdan dichos profesores, se empeñan por vocación y oficio en averiguar el contenido y sentido de las normas penales, y se puede añadir a

compadece poco con los principios rectores de un sistema penal democrático, lo que aconsejaría optar directamente por su abrogación¹⁰⁸⁴. Y, de ser recogida como figura delictiva en el Código penal, al menos habrá que tratar de buscar un concepto de apología «ajustado a la Constitución»¹⁰⁸⁵ (la actual formulación podría serlo, pero desnaturalizándola como forma de provocación directa).

En cualquier caso, la «dicha» de aquellos que se felicitaban por la reorientación de la apología como forma de «provocación directa», a pesar de su

la ciudadanía que se le engaña con una mueca legislativa...» («Sobre la apología criminal...», *op. cit.*, p. 106).

¹⁰⁸⁴ Muy expresivas son a este respecto las palabras de DEL ROSAL BLASCO: «con este tipo de figuras delictivas, que bordean los principios penales limitadores del *ius puniendi*, lo mejor que puede pasar es que desaparezcan de nuestro panorama legislativo, porque cuando se intenta adaptarlas a las exigencias constitucionales se quedan sin marco aplicativo y sin función político-criminal alguna que desempeñar» «La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 188). Previamente había señalado este autor que «[n]o es posible seguir operando con el viejo espejismo de la supremacía del orden jurídico frente a cualquier otro mecanismo o instrumento de configuración social» (*ibidem*). En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES expresaba que «el limitado propósito de buscar un “efecto simbólico», no justifica la necesidad de incluir una figura que, inevitablemente, guarda resabios de intervencionismo en la libertad de expresión y opinión» (*Parte General...*, *op. cit.*, p. 575). Por su parte, advierte BELLOCH JULBE que la «apología cubre hoy, según entiendo, funciones próximas a la censura previa y en consecuencia tiene el riesgo de generar procesos de corrupción análogos a los clásicos de esta institución» («Libertad de expresión y violencia...», *op. cit.*, p. 53). Para una análisis de la figura de la apología con los principios del Derecho penal democrático, *vid. T. S. VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, pp. 814 y ss.

¹⁰⁸⁵ Así, M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 101 ss., para la cual un concepto constitucionalmente adecuado de apología exigiría, en primer lugar, entre lo que existe consenso doctrinal: 1) Ir referida a un hecho delictivo o a su autor; 2) Elemento subjetivo del injusto consistente, «al menos, en el ánimo de cooperar a la defensa o, directamente, en el ánimo de defender la actividad delictiva o a sus autores» (STC 15/1986); 3) Nota de publicidad (*ibidem*, p. 103). Sin embargo para la autora tales elementos no son suficientes. En cuanto a la fundamentación rechaza que constitucionalmente pueda admitirse ni como un mero delito formal, ni tampoco como un delito autónomo contra el orden público. También rechaza configurarla como forma de provocación pero definida como un delito de peligro abstracto en el que se presuma su aptitud lesiva para crear un clima favorable al delito. Considera que debe comprobarse que, «en efecto, represente un peligro para el bien jurídico, y exigiéndose en todo caso, la intencionalidad del autor dirigida a lograr el que otros se determinen a perpetrar el delito» (*ibidem*, p. 109). En definitiva, concluye: «si de la Constitución se extrae un concepto de delito como lesión o puesta en peligro de bienes e intereses que representan las condiciones *exteriores* de la libertad, de ahí se deduce que la apología sólo podrá ser castigada cuando represente un peligro real, no presunto, para los mismos. Para ello no bastará –aunque sea necesario– con que se trate de una actividad subjetivamente dirigida a provocar la comisión de delitos, sino que deberá requerirse que objetivamente sea capaz de provocar su perpetración. Pero no de cualesquiera delitos, pues el que, en tales casos, pueda ser sancionada no implica que deba serlo en todo caso ya que también de la Constitución se extrae la exigencia de intervención mínima» (*ibidem*, p. 109). Para B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 207, sería suficiente para justificar la constitucionalidad de la figura de la apología con que concurriera el elemento objetivo (alabar, elogiar o defender el delito o sus autores) y el elemento subjetivo (dolo instigatorio).

defectuosa técnica, ha tenido sin embargo corto recorrido. El Código penal entra en contradicción con esta concepción de la apología al configurar en la parte especial dos formas autónomas de apología¹⁰⁸⁶, el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo (art. 578 Cp.)¹⁰⁸⁷ y el delito de negacionismo (art. 607.2), por algunos mal llamado de «apología del genocidio»¹⁰⁸⁸. Ambas figuras comparten configurarse como formas adelantadas para las que no se exigen los requisitos del art. 18.1 Cp. El art. 607.2 Cp. será objeto de estudio específico a continuación. Con respecto al delito de apología del terrorismo señalar únicamente que el mismo incorpora dos formas comisivas con una ofensividad radicalmente distinta¹⁰⁸⁹: por un lado, la justificación y enaltecimiento de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, y, por otro, la realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o a sus familiares. De tal suerte que, mientras la segunda pudiera ser constitucionalmente admisible, poniéndola en relación con el delito de injurias -aunque pudieran presentarse dudas con respecto a la proporcionalidad de la pena en relación con el

¹⁰⁸⁶ VIVES ANTÓN afirma que se trata de una «incoherencia palmaria» la incorporación de estas figuras (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 819; también, ÍD., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *op. cit.*); . BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET, «Artículo 18», *op. cit.*, p. 933, habla de «desregulación enmascarada»; o M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, p. 105, se refiere a éstas como «apología innominada o encubierta».

¹⁰⁸⁷ **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».

Cfr. M^a. J. RUIZ LANDÁRUBU, *Provocación y apología...*, *op. cit.*, quien justifica su legitimidad constitucional; A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo...», *op. cit.*, pp. 64 ss., que lo interpreta como una forma «apología provocadora (fuerte)»; M. L. CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», *op. cit.*; M. COBO DEL ROSAL, «Sobre la apología criminal...», *op. cit.*; J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», *op. cit.*; J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial...», *op. cit.*; 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. 201 ss.; A. ASÚA BATARRITA, «Apología del terrorismo...», *op. cit.*; J. C. CAMPO MORENO, «El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores», *Diario La Ley* [base de datos laleydigital.es], n. 1, 2001; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 17^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 849 ss.; J. GIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 578», en C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3707; y A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 1097.

¹⁰⁸⁸ Y es que, como se acaba de ver, la apología del genocidio según los términos del art. 18 Cp. venía ya castigada en el art. 615 Cp.

¹⁰⁸⁹ J. GIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 578», *op. cit.*, p. 3707, destaca que existen «dos acciones típicas independientes, tanto en su contenido como medio comisivo».

bien jurídico que se protegería¹⁰⁹⁰; la primera, que emparentaría con la figura de la apología pero fuera de los requisitos del art. 18.1 Cp., presenta dudas mucho más severas de constitucionalidad. Con el delito de enaltecimiento del terrorismo, a pesar de lo indicado por la exposición de motivos¹⁰⁹¹ y de la jurisprudencia constitucional que ha avalado estas formas de apología como «incitación indirecta» o como forma de «provocación al odio»¹⁰⁹², la mayoría de la doctrina ha estimado

¹⁰⁹⁰ Como aprecia G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, p. 1747 ss., «[d]esde luego, la desigual significación de ambas conductas, su distinta lesividad, no ofrece dudas. Resulta singularmente mucho más comprensible fundamentar lo injusto específico de las conductas de desprecio o humillación a las víctimas –su dignidad fundamentalmente– que no una conducta de enaltecimiento del terrorismo o sus autores que sólo en sentido impropio puede calificarse de apología, al no exigir el requisito de la provocación, si quiera indirecta a la comisión de delito de terrorismo alguno (pues para la directa ya está la provocación «ex» art. 18 CP), y que tantos problemas de límite con el derecho fundamental a la libertad de expresión plantea». F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 849 ss., consideraría que la conducta de humillación a las víctimas no presentaría dudas de constitucionalidad como la de enaltecimiento terrorista, porque «incide en un bien jurídico autónomo, como es el dolor y afecto de los familiares de las víctimas y la dignidad de la propia víctima, cuando se deteriora su imagen para justificar los atentados contra ella». A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA (coord.), *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 1098, sostiene esta conducta tendría más legitimidad, si bien «puede ser abarcada por los delitos contra el honor o los delitos contra la integridad moral, realizadas dentro del contexto violento de una organización terrorista, tienen una potencialidad lesiva mayor». Para C. LAMARCA PÉREZ, «Apología: Un residuo de incriminación...», *op. cit.*, p. 3/14, esta conducta «está mucho más cercana a los delitos de injurias o a los [...] delitos contra la integridad moral por lo que de entrada debe cuestionarse la necesidad de esta nueva figura delictiva que, además, vulnera el principio de igualdad pues todas las víctimas y sus familiares, y no sólo las de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se lleven a cabo contra ellas este tipo de actos» («El Derecho penal ante el conflicto político...», *op. cit.*, p. 203).

Es BENLLOCH PETT quien advierte que «la tipificación de la exaltación del terrorismo resulta legítima si se entiende como forma de injurias colectivas», si bien señala que en tal caso resultaría «criticable por prever una pena desproporcionada».

¹⁰⁹¹ La Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, de 22 de diciembre, que incorpora este delito, expresaba que «no se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos [...] Actos todos ellos que producen *perplejidad en la sociedad* y merecen un claro reproche penal» -cursivas mías-. Ya en el fundar el desvalor en la «perplejidad» que generan estos actos en la sociedad pone de manifiesto la desproporción de reaccionar penalmente contra ello. No creo que un mero sentimiento de «perplejidad» pueda justificar la intervención penal.

¹⁰⁹² A este respecto, *vid.* el ATC 4/2008 de 9 de enero, que interpreta el art. 578 Cp. como forma de «incitación indirecta», a la luz de la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En doctrina, *cfr.* M. L. CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», *op. cit.*, p. 37, que reprocha que «no cabe esperar mucho de una tesis [la doctrina sentada por la STC 235/2007] que acaba por la justificación del delito como un “delito de clima”»; y J. A. RAMOS VÁZQUEZ se muestra muy crítico con la doctrina asentada por la sentencia, que de forma excepcional justifica formas de apología como incitación indirecta o delitos de clima, y, desde una perspectiva crítica, advierte que «podríamos decir que lo

que presenta un alto riesgo de que se caiga en excesos que invadan el ámbito protegido por la libertad de expresión y se termine sancionando la mera expresión de pensamientos por muy execrables que resulten¹⁰⁹³.

Por mi parte, cierro con una reflexión de BELLOCH JULBE, la cual comparto como conclusión: «[e]n libertad, el pensamiento o la opinión apologética son inanes. No creerlo así creo que está relacionado con la falta de una razonable fe en la virtualidad de una sociedad civil y democrática»¹⁰⁹⁴. Entiéndase inanes en sentido jurídico; porque, por muy dañinas que resulten socialmente, no es que haya que tolerarlas, sino que la sociedad civil debe ser capaz de combatir las mismas por otras vías.

que se pretende con el castigo de la provocación indirecta es o bien llevara hasta sus últimas consecuencias el castigo del delito terrorista (a fin de cuentas, el único elemento caracterizador de los delitos de terrorismo) o proteger como bien jurídico la propia eficacia de la lucha antiterrorista (que podría verse mermada desde el plano comunicativo por este tipo de conductas) («Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», *op. cit.*, p. 791).

¹⁰⁹³ En este sentido, LUZÓN PEÑA afirma que «[e]l peligro de excesos es tan grande que estimo que no se debe correr, ni siquiera en aras de una más eficaz prevención del terrorismo [...]; los principios constitucionales y los principios que limitan el *ius puniendi* deben mantenerse, aun a costa de cierta pérdida de eficacia, también en delitos que provocan tanta alarma como los relacionados con el terrorismo» (*Enciclopedia penal básica, op. cit.*, p. 80). M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, p. 116, duda también de la constitucionalidad de estas figuras, no por considerarlas inocuas ni porque considere que suponen el ejercicio de un derecho fundamental, sino por la proscripción del desaliento que genera el recurso al derecho penal ante conductas levemente ofensivas. Una reflexión desde la perspectiva de los principios liberales que han de regir la legislación penal, aunque sin hacer un juicio de constitucionalidad, *cfr.* T. S. VIVES ANTÓN, «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *op. cit.* Es interesante también la reflexión de RAMOS VÁZQUEZ, que sostiene que «la identificación con el ideario terrorista no puede erigirse per se en fundamento de un tipo penal, máxime cuando supone una restricción de la libertad de expresión» («Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», *op. cit.*, p. 784). Para BELLOCH JULBE la configuración de la apología como forma autónoma hace que «el fundamento de su punición ya no es siquiera la “potencial eficacia incitadora del discurso apologético” (referencia ya hartamente inconcreta), sino que se hace preciso acudir a fundamentos tan amplios y difusos como la “paz social”, la “confianza colectiva”, la “seguridad pública” o el “orden público”, en la labor casi imposible de buscar para la apología un “bien jurídico” que proteger o tutelar» («Contemplación jurisprudencial...», *op. cit.*, p. 36). Asimismo, entiende que parecería que el «dogma de la obediencia» vaya desplazando al de la lesividad; ya que, en cierto modo, «a la apología todo lo más que puede imputársele es “su capacidad objetiva de generar adhesiones», aunque haya que reconocer que hoy día no se está castigando ello según la actual configuración legal (*ibidem*).

Uno de los ejemplos más claros en estos excesos en los que se termina castigando la simple adhesión ideológica lo ofrece la STS de 26 de febrero de 2007, nº 149, por la que se condena a etarra De Juana Chaos por el delito de enaltecimiento (*cfr.* M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, pp. 111 ss).

¹⁰⁹⁴ J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial...», *op. cit.*, p. 37.

3.2. Los delitos de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1 Cp.), de difusión de información injuriosa por móviles racistas (art. 510.2 Cp.) y de amenazas colectivas (art. 170 Cp.)

3.2.1. La problemática interpretación del delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1 Cp.)

El artículo 510.1 Cp. viene a implementar en el ordenamiento español parte de los compromisos adquiridos por España por mor de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, en particular de su artículo 4.a), y constituye el «escalón más bajo de sanción penal»¹⁰⁹⁵ de las disposiciones dirigidas a la represión de la discriminación¹⁰⁹⁶. Se pone además en relación con los preceptos que castigan las conductas contra el genocidio, el 615 Cp. y el 607.2 Cp. De forma que, aunque ahora se proceda a desgranar este art. 510 Cp., su interpretación sistemática más precisa se culminará posteriormente.

El primer apartado de este precepto, que es el que más se relacionaría con el delito de negacionismo, establece: «*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*». En cuanto a la conducta típica, existe un consenso mayoritario en que resultarían de aplicación, *mutatis mutandi*, los requisitos de la

¹⁰⁹⁵ G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1274.

¹⁰⁹⁶ Para una caracterización general de los delitos antirracistas, *cfr.* E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, pp. 288 ss. El autor describe los siguientes elementos típicos: 1) Serían delitos de peligro abstracto y de consumación anticipada. Con ellos se trataría de «impedir que se cree el caldo de cultivo del cual se puedan desprender con posterioridad perniciosas consecuencias individuales y colectivas [...] no se pretende aquí evitar el comportamiento racista materializado en una acción directa, violenta o no, [...] sino que le interesa en primer término obstaculizar la generalización de hechos o expresiones que puedan crear una situación de crispación, un envenenamiento del ambiente, un malestar generalizado y hostil frente a determinados grupos humanos. [...] Tiene que existir en todo caso cierta virtualidad del comportamiento típico para provocar esa situación de tensión, ese caldeamiento del ambiente que es previo a las ulteriores conductas racistas más o menos violentas» (*ibidem*, p. 289). 2) Se suele exigir en los mismos como componente típico una cierta «motivación del autor». 3) En algunos casos se exige que el comportamiento prohibido persiga unas situaciones de discriminación, odio, etc. 4) También se suele requerir como elemento típico el carácter público. *Vid.* también, J. M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 113 ss.; ÍD., *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 217 y ss.; y P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*

provocación del art. 18.1 Cp., si bien con la peculiaridad de que, mientras que los términos «discriminación» o «violencia» pueden reconducirse en sentido estricto a la comisión de delitos, esto no sería posible para la provocación al «odio»¹⁰⁹⁷. El «odio» no es constitutivo de delito, por lo que resulta contradictorio que la provocación al mismo sí que lo resulte¹⁰⁹⁸. Así, la doctrina ha planteado una interpretación restrictiva del término y exige que se trate de una provocación «de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo, concretando el “odio” provocado en hechos»¹⁰⁹⁹. De la lectura conforme al art. 18.1 se deduce también un requisito de publicidad que no viene incorporado en el tenor del propio precepto¹¹⁰⁰. El Tribunal Supremo, aunque parece avalar parcialmente esta interpretación conforme al art. 18 Cp., y en tal sentido ha exigido que «se trate de una incitación directa», sin embargo el objeto de la misma lo refiere «a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la

¹⁰⁹⁷ Como expresa A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA «[e]l importante adelantamiento de lo que no es sino un acto preparatorio por su virtualidad de afectar a las condiciones de igualdad de determinados grupos sociales ha tratado de ser compensado por la doctrina a través de la exigencia de que, tal y como lo establece el artículo 18.1, la provocación consista en la incitación a la perpetración de un delito y sea realizada con publicidad y de manera directa» (*Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 1007). No obstante, algunas precisiones, sobre todo por la provocación al odio, surgen en cuanto al objeto de referencia de la provocación. A favor tratar de acoger los términos de la provocación del art. 18, T. S. VIVES ANTÓN, *et alii: Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 701), M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 687; G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1274; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 841; G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, p. 1518. P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 251), considera que son trasladables únicamente la «publicidad» y la «incitación directa», pero su objeto sería «un hecho ilícito, aunque no necesariamente un ilícito penal». J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 223, está entre los autores que se muestra crítico con la interpretación según el art. 18 Cp. ya que «oscurece la dimensión colectiva o supraindividual», de forma que a juicio del autor «[e]l artículo 510 representaría así una provocación sui generis y, por tanto, no sometida en su interpretación a un entendimiento del tipo ni en los términos -ni con los límites- en que se configura la provocación como acto preparatorio en el artículo 18» (*ibidem*, p. 224). Para este autor «[e]l hecho de que la provocación típica del artículo 510 se extienda a conductas per se no delictuales sería, precisamente, indicador de que el delito de provocación no consiste esencialmente en un adelantamiento de tutela respecto a delitos contra personas concretas» (*ibidem*, p. 225).

¹⁰⁹⁸ Como señala M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 688, «**difícilmente puede ser provocación la incitación directa al odio, ya que éste no es más que un estado de ánimo**».

¹⁰⁹⁹ G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1275.

¹¹⁰⁰ El art. 18.1 Cp. recuerda que prescribe que la provocación se realice «por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante». M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, 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».

discriminación, el odio o la violencia»¹¹⁰¹, sin requerir el carácter delictivo de los mismos en sentido estricto.

Por otro lado, la conducta típica exige otros dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. De una parte, la provocación habrá de ir dirigida «contra grupos o asociaciones», los denominados «grupos *diana*»¹¹⁰², aunque se discute en doctrina si bastaría para poder castigar con que la conducta afectara sólo a miembros individuales de tales grupos¹¹⁰³. Además, se requiere que concurren una serie de «motivaciones» de índole discriminatoria las cuales han de guiar la conducta del sujeto activo. Se exige aquí que el autor actúe por unos motivos concretos que el ordenamiento reprueba particularmente, al modo de la agravante de motivos racistas del art. 22.4 Cp.

La verdadera problemática del delito, que lo hace además particularmente interesante para nuestro posterior estudio, es desentrañar cuál sea su bien jurídico y el fundamento de su injusto. Porque, aunque se le dé una lectura restrictiva del mismo según las exigencias del art. 18.1 Cp., este delito *se trata de un tipo autónomo que no puede ser considerado como mero un acto preparatorio de otros delitos*¹¹⁰⁴. El contenido del injusto del mismo se situaría entonces en su peligrosidad, pero, la duda que surge entonces es: ¿para qué bien jurídico? ¿cómo se verifica tal peligrosidad? ¿Estamos ante un delito de mera conducta y peligro abstracto que se consuma por la difusión pública de unos ciertos contenidos? Si se considera un delito de peligro, ¿cuál sería el «resultado lesivo temido» que lo

¹¹⁰¹ STS 259/2011, de 12 de abril, FD 1^o.2.

¹¹⁰² J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 303.

¹¹⁰³ Entre otros, a favor de entender que es necesario que la conducta se dirija frente a grupos, sin que baste si sólo afecta a miembros individuales, *vid.* G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1275 M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 686. En contra, entienden que no impiden incluir las conductas referidas a los miembros y no sólo a los grupos, T. S. VIVES ANTÓN, *et alii: Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 702; y F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 840. Desde una perspectiva personalista del delito, P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 247, entiende que tal referencia no debe interpretarse «como una mención expresa de los sujetos pasivos, puesto que, al proteger un bien jurídico esencialmente individual, sus titulares sólo pueden ser los miembros del grupo y no el colectivo en sí». De tal suerte que lo que significaría sería no el «sujeto pasivo» sino los «posibles destinatarios» (p. 247). Un repaso de las distintas posiciones doctrinales, en J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 220.

¹¹⁰⁴ En contra, *vid.* M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 686, que considera que «sólo se castiga un acto preparatorio de la discriminación, el odio o la violencia». F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 840, lo define como «expresiones que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva». Como se pondrá de manifiesto posteriormente, a mi juicio este tipo penal va más allá de la mera configuración de un acto preparatorio y cuenta con su propio bien jurídico diferenciado del de aquellos delitos. Además, la mayor penalidad del art. 510 Cp. con respecto a la de los propios delitos de discriminación abonaría esta consideración.

fundamenta (aunque sea en abstracto)? ¿Sería posible descartar la aplicación del tipo penal si conforme a un juicio de peligrosidad *ex ante* la verificación del «resultado lesivo temido» resultara imposible? ¿O se trata de un tipo de peligro concreto? Y, en este último caso, ¿cuál sería entonces el «resultado» peligroso que tendría que verificarse? ¿O es una figura que rompe los moldes de la ofensividad? ¿El fundamento del injusto puede ser meramente subjetivo? ¿Nos encontramos ante un delito de clima? ¿Es exigible un «contexto de crisis»? Son muchas las dudas interpretativas de este tipo de delitos; por lo que se tratará de ver algunas de las posibles respuestas. Empezando por la última pregunta, parece descartable la exigencia de un contexto de crisis porque, ateniéndose al propio tenor literal del precepto, nada permite exigir el mismo, como el propio Tribunal Supremo habría de hecho negado¹¹⁰⁵. En cuanto a la configuración como un delito de peligro abstracto o concreto, la jurisprudencia ni constitucional ni del supremo ofrecerían un posicionamiento determinante¹¹⁰⁶. De *lege lata*, la doctrina, por su parte, tampoco parece alcanzar un acuerdo sobre el contenido del injusto de este delito. Sí que en general resultará inapropiado fundar su injusto únicamente en el elemento subjetivo de los «motivos»; por lo que habría que tratar de buscar algún tipo de injusto objetivo al mismo. En tal sentido, parece imponerse la interpretación del delito como un tipo de peligro abstracto en el que el legislador habría presumido la peligrosidad de este género de conductas por su eficacia provocadora¹¹⁰⁷. A partir de ahí los problemas derivan entonces de la delimitación de su bien jurídico.

¹¹⁰⁵ STS 259/2011, de 12 de abril, FD 1º.8

¹¹⁰⁶ En este sentido, destaca LANDA GOROSTIZA, «[e]l TS como veíamos antes no llega tan lejos ni descende a una propuesta interpretativa tan precisa del artículo 510 que cifra, aquí si de manera coincidente, en una incitación directa pero a los “hechos” de odio, violencia o discriminación que tendrán que acreditarse en el caso concreto alejándose, de esa manera, de focalizar el juicio de peligro sobre “actitudes” y sin entrar de forma expresa en la consideración de este delito como de peligro abstracto o concreto» («Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 319).

¹¹⁰⁷ BENLLOCH PETT considera 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» («El Derecho penal ante el conflicto político...», *op. cit.*, p. 195). En tal sentido, afirma que el desvalor se situaría en «el hacer nacer en otros esas mismas ideas [discriminatorias] mediante actos de comunicación» (*ibidem*, 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. Concluye 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» (*ibidem*, p. 197).

L. RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), *Código penal y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2011, p. 1652, lo define como «**un delito de peligro abstracto**», siendo el fundamento del injusto «no la expresión en sí de unas ideas, por execrables que sean, sino cuando esta expresión se hace de modo y circunstancias que suponen una provocación a la discriminación, infringiendo el

A este respecto, la doctrina ha optado mayoritariamente por situar el bien jurídico en la «dignidad humana» y el derecho fundamental a la «igualdad y no discriminación»¹¹⁰⁸. Ahora bien, estos bienes tienen un doble perfil: por un lado, el específicamente individual, como el derecho de toda persona a no sufrir actos de discriminación y a no verse postergada por su condición racial, étnica, nacional, personal, etc.; pero, por otro, se entiende que también concurre una dimensión social cuando se produce un acto de discriminación, ya que «[c]ada acto de discriminatorio supera así en términos sociales su repercusión individual y se demuestra como perjudicial también –y sobre todo– en relación a los colectivos discriminados que con cada discriminación ven reforzada su posición de marginación sistemática»¹¹⁰⁹. Así las cosas, en función de la importancia que se le dé a una u otra dimensión dependerá entonces el objeto del «resultado lesivo temido» en la configuración de estos delitos¹¹¹⁰. En cualquier caso, destaca que las penas contempladas para este delito son superiores a las que se recogen para los delitos que contemplan efectivos actos de discriminación (arts. 511 y 512 Cp.), lo que abunda en considerar que con este precepto se pretende tutelar un bien que va más allá de la pura tutela frente a un acto de discriminación individual.

En la definición del bien jurídico dignidad humana y derecho a la no discriminación a partir de su doble dimensión, individual y social, pero con

valor constitucional de la no discriminación por razón de nacimiento...». Para M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 1781, a diferencia de aquellos autores que entienden que la provocación para ser punible debe llegar a sus destinatarios y hacer que éstos se resuelvan a cometer actos de violencia, entiende sin embargo que «estaríamos más bien ante un delito de aptitud o peligro hipotético, en el que basta con que la conducta sea idónea para afectar al bien jurídico protegido, sin que sea necesaria su efectiva lesión. Por consiguiente, no parece necesaria la acreditación de que la provocación llegó a sus destinatarios, ni mucho menos que éstos decidiesen efectivamente como consecuencia de ello llevar a cabo actos delictivos, en la medida que no se exige tampoco en el art. 18. Además, de aceptar lo contrario, prácticamente se impediría la aplicación de delito». Según A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 976, sería un delito que se consuma con el mero hecho de provocar a la discriminación sin exigir resultado, si bien «[l]a provocación ha de ser de suficiente entidad como para poder influir en una persona media».

También las interpretan como figuras de peligro abstracto, como se verá con mayor profundidad posteriormente, P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, pp. 246 y ss.; y J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 704 ss.; y ÍD., «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 342.

¹¹⁰⁸ Para una visión exhaustiva de la cuestión, *cfr.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 217 y ss. y 244), y E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, pp. 333 y ss.

¹¹⁰⁹ J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 708. A este respecto *cfr.* también en sentido crítico a M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 673, quien además destacará «la hipocresía estatal» en este tipo de medidas.

¹¹¹⁰ Sobre esta problemática, *vid. infra* Cap. 7, epígrafe 3.3.2.

enfoques contrapuestos, destacan las posiciones sostenidas por LAURENZO COPELLO¹¹¹¹ y por LANDA GOROSTIZA¹¹¹². La primera autora identifica el bien jurídico en el derecho a la no discriminación¹¹¹³; si bien, y aunque reconoce que con todo acto de discriminación se compromete también el «modelo de convivencia» (dimensión colectiva), entiende que la dimensión principal del bien jurídico ha de ser la individual, siendo la componente colectiva un complemento que justifica la gravedad de la sanción¹¹¹⁴. Esto le lleva a sostener que el fundamento de la peligrosidad de estos delitos reside en que aunque la provocación en sí misma no dé lugar a situaciones concretas de discriminación para una persona, sí que es idónea a crear «las condiciones para que esa situación sea ocasionada en un futuro por otros»¹¹¹⁵. Son conductas reprochables penalmente «en tanto suponen precisamente la creación o profundización de desigualdades entre los miembros del cuerpo social por razón de ciertos caracteres diferenciales [...], entran en conflicto directo con el modelo de convivencia»¹¹¹⁶. La autora trata de salvar así que se recurra a otros bienes jurídicos más indeterminados como la «paz pública» que terminan configurando «delitos de clima»¹¹¹⁷. En mi opinión, el problema es que en la medida que no puede entenderse el art. 510 Cp. como un acto preparatorio de los delitos de discriminación, en el que el peligro se proyectaría sobre la probabilidad de que se verificara tal concreto acto de discriminación, el fundamento del juicio de peligrosidad sigue siendo un tanto difuso («creación o

¹¹¹¹ P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, pp. 228 y ss.

¹¹¹² J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 704 y ss.

¹¹¹³ Por «trato discriminatorio» entiende «aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo normalidad que se toma como punto de referencia» (P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 232). Así las cosas, en tanto que bien jurídico individual, considera que resulta claro como se lesiona: «cuando un comportamiento concreto coloca al afectado en una situación de desventaja –de marginación– precisamente porque reúne alguna de aquellas características personales o sociales que la ley expresamente enumera» (*ibidem*, p. 233). En lo que hace a la dimensión social, a juicio de esta autora las conductas de discriminación «producen también un efecto sobre el conjunto de la sociedad» (*ibidem*, p. 234), en la medida que «afectan directamente al *modelo de convivencia* trazado por nuestra Constitución y de ese modo lesionan o al menos ponen en peligro, uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho» (*ibidem*, p. 235).

¹¹¹⁴ Su conclusión es que la perspectiva esencial debe ser la individual, y el peligro para la preservación de las pautas sociales vendría a complementarla a la hora de determinar la gravedad de las conductas (P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 237).

¹¹¹⁵ P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 246.

¹¹¹⁶ *Íbidem*, p. 236.

¹¹¹⁷ A este respecto, *vid.* la crítica que hace P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 234.

profundización de actitudes intolerantes y hostiles» en otros)¹¹¹⁸. Al final se trata del peligro de que nazcan en otros actitudes que por sí mismas no son delictivas, por lo que fallaría su comprensión meramente «individual». Si una actitud hostil o intolerante no es por sí misma delito, menos aún puede ser su provocación -salvo que a la misma se asocie un importante impacto colectivo-. Por tanto, entiendo que, aunque la autora quiera evitarlo, el fundamento objetivo del injusto termina residenciándose en el peligro de generación de un «clima de hostilidad».

Por su parte, LANDA GOROSTIZA critica que se sobreestime la lectura del mismo en «términos exclusivamente individuales, relegándose indebidamente las repercusiones supraindividuales de cada acto y que se caracterizan por afectar al colectivo “sensible” de referencia y a la sociedad en su conjunto»¹¹¹⁹. Entiende que «[s]on las conductas idóneas para desequilibrar gravemente la convivencia pacífica entre grupos las que pretenden ser aprehendidas y neutralizadas antes de que sobrevengan situaciones de explosión social o de enfrentamiento colectivo»¹¹²⁰. De manera que, desde una dimensión supraindividual, cifra el contenido del bien jurídico en torno «a la relación de los miembros de un colectivo especialmente vulnerable con sus condiciones de seguridad existencial»¹¹²¹; protegerlos de que se cree un estado social que sea «antesala del holocausto»¹¹²², para lo cual, de *lege ferenda*, hace depender la legitimidad del castigo de que sea apreciable un «contexto de crisis» en el que tal provocación adquiera un «efecto amenazante coactivo»¹¹²³. El tipo penal seguiría siendo considerado de peligro abstracto¹¹²⁴, pero sólo se aplicaría cuando se diera «una situación de crisis tan grave que un crimen contra la humanidad sea inminente»¹¹²⁵. La autora matiza que no se trata de un test de peligro cierto e inminente, sino que el «test de filtrado mira al horizonte y lee la fuerza del discurso en cuestión a la luz de un escenario

¹¹¹⁸ P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 239). Interpreta el precepto «en el sentido de que la provocación debe estar expresa e inequívocamente orientada a conseguir los resultados que el provocador se propone, es decir, en nuestro caso *la creación en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia o de actitudes hostiles hacia los colectivos protegidos*» (*ibidem*, p. 254) –cursivas mías-.

¹¹¹⁹ J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 704.

¹¹²⁰ *Íbidem*, p. 708.

¹¹²¹ *Íbidem*, p. 711.

¹¹²² J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 342.

¹¹²³ J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 712.

¹¹²⁴ A juicio del autor se trataría de un delito de peligro de peligro abstracto, pero no presunto, por lo que cabría que la peligrosidad fuera confirmada en un juicio *ex ante* y debería ir referida a que la incitación tenga una potencialidad de llamada tal de poder desencadenar actos agresivos que encajarían en una «dinámica de enfrentamiento colectivo que ya nos pone “de camino” a una agresión grave» («Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 342).

¹¹²⁵ J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 342.

final: el crimen contra la humanidad»¹¹²⁶. De tal manera que «solo cuando el resultado interpretativo final permita al operador jurídico obtener la convicción de que el discurso en contexto tiene la fuerza y eficacia suficiente como para contribuir a alterar significativamente las condiciones de seguridad existencial del colectivo contra el que se dirige, solo entonces cabrá aplicar el artículo 510»¹¹²⁷. El problema de esta interpretación es que, por un lado, sólo es posible de *lege ferenda*, y, por otro, como se verá posteriormente hay que ser igualmente cauteloso con admitir juicios de peligrosidad proyectados sobre inciertos contextos sociales de crisis¹¹²⁸.

En definitiva, y a pesar de estos intentos doctrinales de releer el bien jurídico de este delito para dotarlo de un adecuado contenido de injusto, el verdadero problema de este delito al final reside en que el «resultado» que se quiere prevenir (la generación de odio, actos de violencia, etc.) es tan etéreo e indeterminado que termina haciendo fallido cualquier intento de dotar de concreción al bien jurídico de la figura. De forma que el fundamento del injusto de la conducta, por más que se trate de justificar de otra forma (refiriéndose al contexto en el que la provocación adquiriera un «efecto amenazante coactivo» o por su contradicción con el «modelo de convivencia» que agrava el carácter injusto de la conducta); lo cierto es que en la aplicación que se hace de estos delitos sigue planteando el espectro de la controvertida categoría de los «delito de clima». En este género de delitos se adelanta la barrera punitiva hasta sancionar conductas por considerarse que pueden generar un «clima psicológico» creando condiciones de violencia u hostilidad que puedan comprometer la «tranquilidad» de grupos especialmente vulnerables¹¹²⁹. Delitos que peligrosamente se acercan, como ha quedado expresado, a una tutela de la «paz pública» como sentimiento de tranquilidad de los distintos grupos sociales¹¹³⁰.

¹¹²⁶ *Íbidem*.

¹¹²⁷ *Íbidem*, p. 341. La autora recoge además toda una serie de criterios de juicio que permiten determinar el «potencial de daño de cada discurso» (autoridad del sujeto activo, tipo de audiencia, medios de comunicación, situación social, etc.).

¹¹²⁸ A este respecto me remito *infra* Cap. 7, epígrafe 3.3, al proponer una configuración constitucionalmente adecuada para el delito de negacionismo.

¹¹²⁹ Así lo critica, y yo lo comparto, J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 697 y ss.

¹¹³⁰ Como reconoce BORJA JIMÉNEZ, «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» (*Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, p. 342). En sentido crítico *cfr.* G. BENLLOCH PETT, «El Derecho penal ante el conflicto político...», *op. cit.*, p. 196 y ss.; J. M. LANDA

Es por ello que comparto la conclusión de CANCIO MELIÁ, que me permito citar *in extenso*, y que avanza en un signo coincidente con el cierre del apartado anterior: «La cuestión es si es el Derecho penal el que debe hacer aquí las veces de educador social reprimiendo la expresión de determinadas “ideas” –ciertamente lamentables-. En este sentido, en efecto, parece que el precepto pretende más bien crear o proteger cierto “clima” ideológico, que anticipar la barrera de punición respecto de hechos futuros, especialmente en la modalidad de la provocación al “odio”; y es evidente que no es mediante la tipificación penal como se consigue este objetivo [...]. Por otro lado, cabe formular serias dudas acerca de que ese objetivo dote de legitimidad, en un sistema de libertades, al medio –la incriminación penal– elegido. Pues parece que con tipificaciones de esta índole se produce una “confusión de la manifestación de una opinión hostil hacia el bien jurídico con un quebrantamiento del Derecho” (JAKOBS)»¹¹³¹. No obstante, sobre el núcleo de esta problemática volveré al analizar en concreto el delito del art. 607.2 Cp.

3.2.2. Los delitos de difusión de informaciones injuriosas por móviles discriminatorios (art. 510 Cp.) y de amenazas contra un sector de la población (art. 170 Cp.)

En último lugar puede resultar de interés, a los efectos de tener una visión global del marco punitivo en el que se encuadra el delito de negacionismo, describir mínimamente tanto la segunda conducta típica incluida en el art. 510.2 Cp., **el delito de difusión de informaciones injuriosas por móviles discriminatorios**¹¹³², como el delito del art. 107 Cp. de **amenazas contra un sector de la población**. En cuanto al primero de los delitos, la difusión de informaciones injuriosas por móviles discriminatorios, se podría apreciar que sería una forma agravada de los delitos de injurias del art. 208 Cp., en realidad «notablemente» agravada¹¹³³. Es por ello que se discute si el bien jurídico es el

GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 700 y ss.; o 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. 96 ss.

¹¹³¹ G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1276.

¹¹³² «**Artículo 510.2 Cp.:** Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una étnica o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

¹¹³³ En este sentido, *vid.* M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 691, que define este delito como «una modalidad agravada del delito de injurias», aunque señala que «la sanción de una injuria grave dirigida contra un individuo será de multa de seis a catorce meses y la dirigida al grupo o asociación de uno a tres años y multa de seis a doce meses». Como modalidad de

honor o en realidad compartiría el bien jurídico de los delitos de provocación a la discriminación. Incluso algún autor ha tratado de dar lectura a las mismas a partir también del delito de provocación¹¹³⁴. En cualquier caso, ateniéndose al tenor literal, las ofensas no pueden ir dirigidas contra individuos concretos, sino contra determinados grupos y colectivos. La conducta típica exigiría simplemente la *difusión* de informaciones que resulten injuriosas y falsas¹¹³⁵, en sentido subjetivo, es decir, que el sujeto activo conozca que no son veraces o actúe de manera temeraria. No queda claro si es la información difundida la que ha de ir referida a ciertos «datos» particularmente sensibles (ideología, religión, creencias, etc.) de los propios grupos o de sus integrantes; ni tampoco si se debe interpretar que tales informaciones injuriosas e inveraces han de realizarse «en un contexto discriminatorio», siendo en tal sentido exigible la presencia también del móvil discriminatorio¹¹³⁶.

En cuanto al delito de amenazas dirigidas a un sector de la población que contempla el art. 170 Cp¹¹³⁷ se pretende, como señalaba la Exposición de Motivos de la LO 2/1998, de 15 de junio que lo introdujo, «cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las *amenazas* (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación del delito específico, de inexcusable atención». El primer inciso del precepto no parece plantear problemas en tanto que supone la proyección del delito de amenazas a una generalidad de personas y, en todo caso, deben revestir la «gravedad necesaria para conseguirlo». Mucho más problemática por su inconcreción es la conducta recogida en el segundo apartado referida al reclamo público de acciones violentas. Tal y como advierte Cuerda

injurias, *cfr.* también A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial...*, *op. cit.*, p. 977.

¹¹³⁴ Como sintetiza M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, *op. cit.*, p. 1781: «Con éstas se pretende generar un trato discriminatorio, por lo que se trata de una injuria cuyo fin es la provocación a la discriminación».

¹¹³⁵ Como se aprecia en G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1276, «la conducta descrita no comprende todo el ámbito del delito de injurias, puesto que queda restringida a la difusión de “informaciones”, es decir, de hechos; quedan fuera de la conducta típica supuestos en los que se efectúen juicios de valor injuriosos».

¹¹³⁶ Así lo entiende G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, p. 1518.

¹¹³⁷ **«Artículo 170 Cp.:**

1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organización o grupos terroristas».

ARNAU, en el que «tal vez la consecuencia más grave que conllevan preceptos como el que se comenta es que posibilitan una aplicación policial y judicial imprevisible e incluso selectiva y, cuando eso es así, la pretensión de racionalidad que las normas incorporan salta por la ventana»¹¹³⁸.

4. El específico delito contra los discursos negacionistas en la legislación española: art. 607.2 Cp.

4.1. Antecedentes: el delito de negacionismo previo y los trabajos de elaboración

España no ha contado con un tipo penal que específicamente incriminara las conductas negacionistas hasta el año 1995. En cualquier caso, está entre los países que más pronto incorporó una figura de esta naturaleza a su ordenamiento penal, ello a pesar de que se trata de un país que no sufre particularmente el fenómeno negacionista. El marco en el que podía jugar la posible incriminación de este fenómeno había quedado esbozado por el Tribunal Constitucional en los asuntos Violeta Friedman y el caso comic racista, resueltos respectivamente por las sentencias 214/1991 y 176/1995 ya comentadas. En ambos asuntos los hechos traían causa de expresiones negacionistas que iban más allá de una mera negación del Holocausto y se podían cualificar como un auténtico «discurso del odio» en el que se veía la carga despreciativa o vejatoria frente a las víctimas. Esta virtualidad ofensiva, y no la sola negación del Holocausto, era la que a juicio del Constitucional español fundamentaba el poder limitar la libertad de expresión. A este respecto, me remito al análisis ya realizado previamente¹¹³⁹. El Tribunal Supremo, por su parte, en su sentencia de 1 de abril de 1995, rec. 502/1994, denegaba la condición de refugiado político a un condenado por el delito de negacionismo en Austria, rechazando el alegato de que con tal condena se hubiera vulnerado la libertad de expresión y la libertad ideológica (FJ. 6º). De esta sentencia destaca el voto particular del magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS, el cual consideró que el solo cuestionamiento del hecho histórico del holocausto estaría cubierto por el derecho de libertad de expresión conforme a la Constitución española¹¹⁴⁰. En el año 2002 el

¹¹³⁸ M. L. CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», *op. cit.*, p. 32. *Cfr.* A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo...», *op. cit.*, p. 72.

¹¹³⁹ *Vid. supra* epígrafe 2 en este Cap.

¹¹⁴⁰ Afirma este Magistrado: «La mera negativa de un hecho histórico, por todo lo disparatada e incluso malintencionada que pueda considerarse, y pese al enorme dolor y repugnancia que tal hecho histórico suscita, no puede equipararse a la defensa de la ideología del régimen que lo provocó. La equiparación que establece la sentencia mayoritaria es más una apreciación valorativa,

Tribunal Supremo se pronunciaría en un auto¹¹⁴¹ sobre el delito del art. 607.2 Cp. a los solos efectos de concluir que el mismo no puede ser entendido como «delito de genocidio» para justificar la persecución universal de este delito.

A nivel legislativo, el precedente inmediato del actual tipo penal se encuentra en el art. 137 bis b) Cp. que vino a sancionar por primera vez las conductas negacionistas¹¹⁴². Se introdujo en el ordenamiento por la LO 4/1995, de 11 de mayo¹¹⁴³, que era aprobada poco tiempo antes de la reforma del Código penal que recogería el actual tipo. Sin embargo, son sensibles las diferencias entre aquella primera figura y la actual. El art 137 bis b) disponía:

«La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo.

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

Destacar de este precepto que, aunque recogía un amplio espectro de acciones típicas (exponer ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o a su autor; negar, banalizar, justificar delitos de genocidio; o pretender rehabilitar o constituir regímenes genocidas¹¹⁴⁴), el ámbito punitivo del mismo se veía limitado, por un

casi apriorística, que la conclusión de un razonamiento en términos lógicos, sobre el que pueda sustentarse al fin el juicio de valor» (Fundamento Primero, 7º).

¹¹⁴¹ ATS de 14 de junio de 2002, rec. 29/2002.

¹¹⁴² Sobre este delito, *vid.* M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 114 y ss.; J. BARQUÍN SANZ, «Apología del genocidio», en C. DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVIII, Edersa, Madrid, 1997, pp. 378-379; y J. M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

¹¹⁴³ Esta ley, «mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio», iba más allá del delito de negacionismo y recogía un conjunto de figuras delictivas como el art. 165 ter que castigaba la apología de la discriminación de personas o grupos y una nueva circunstancia agravante por motivos racistas. El origen a su vez de esta Ley se encuentra en una Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso el 17 de diciembre de 1993 (*BOCG*, Congreso, V Legislatura, Serie B, núm. 52-1, de 4 de enero de 1994). Sobre las vicisitudes parlamentarias en la aprobación de la LO 4/1995, *cfr.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 39 ss., de forma extensa; o J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, pp. 314 y ss., de manera más sintética.

¹¹⁴⁴ Advierte BARQUÍN SANZ que «[l]a naturaleza genérica de las expresiones contempladas en este punto las hace muy poco adecuadas para cumplir con ese otro requisito típico de la aptitud

lado, por la exigencia de publicidad, pero, sobre todo, al requerirse que tales conductas fueran constitutivas de incitación directa al delito.

En cuanto a la justificación de la incorporación de este nuevo precepto, señalaba la Exposición de Motivos de la Ley que «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia antisemita y racista que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi»¹¹⁴⁵ exigían «la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defienden el racismo o la exclusión étnica», sin que ello pudiera verse obstaculizado en nombre de la libertad ideológica o de expresión.

Como se ha dicho, prácticamente al tiempo que venía aprobada esta Ley el parlamento discutía la redacción del Código penal de 1995 que recoge el actual artículo 607.2 Cp. El origen del mismo da prueba del contenido que se le quiso dar. Originariamente fue rechazada una enmienda presentada por el Grupo Popular que pretendía la adición de un precepto que tipificara la apología de los delitos de genocidio en los términos del art. 137 bis b)¹¹⁴⁶, al considerarla como superflua. Tampoco el Informe de la Ponencia¹¹⁴⁷ ni el texto de la Comisión¹¹⁴⁸ recogieron la misma. Sin embargo, después de que el senador LÓPEZ HENARES pusiera de manifiesto que la apología que contemplaba el Código dejaría fuera conductas como la banalización, la justificación o la negación de tales crímenes¹¹⁴⁹, fue finalmente aprobado como enmienda transaccional lo que hoy es el texto

para la incitación directa a la comisión del delito» («Apología del genocidio», *op. cit.*, p. 378). Además, señala el autor que [m]ientras que los actos directos de ensalzamiento o enaltecimiento de los actos y los autores de genocidio tienen una inmediatez con la propia conducta criminal, no se puede decir lo mismo de esta otra modalidad, en la que el encomio de los actos criminales es más remota, puesto que no supone una directa alabanza de hechos concretos de genocidio, sino más bien un apoyo indirecto, general y abstracto a través de la defensa de ideologías que suelen ir aparejadas con dichos actos» (*ibidem*, p. 377).

¹¹⁴⁵ Añadía la Exposición de Motivos a esta Ley: «Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.»

¹¹⁴⁶ *BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, 21 de septiembre de 1995, núm. 87 (c), pp. 309 y 310. *Cfr.* M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», 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. 1131.

¹¹⁴⁷ *BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, 9 de octubre de 1995, n. 87 (e), p. 466.

¹¹⁴⁸ *BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie II, 23 de octubre de 1995, n. 87 (g), pp. 573-574.

¹¹⁴⁹ *Diario de sesiones del Senado*, V Legislatura, Comisiones, núm. 227, p. 18. *Cfr.* M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1132.

vigente¹¹⁵⁰. El salto entre la primera enmienda y la transaccional fue sustancial. Se pasa de una propuesta de tipificación de las conductas negacionistas como forma de provocación directa, al vigente precepto que nada refiere al respecto. Se quiso, por tanto, ir más allá del contenido de la apología regulado en el art. 18 para poder dar respuesta penal a los supuestos de incitaciones encubiertas. Como expresa CUERDA ARNAU, «[l]a voluntad del legislador no ofrece, pues, ninguna duda, y –ése es su único mérito- ha sabido plasmarla magistralmente en el texto de la ley»¹¹⁵¹. Ahora corresponde entrar a lo que literalmente recogió.

4.2. Análisis del tipo penal (según su formulación originaria) y su relación con otros delitos afines. Las dudas abiertas

El artículo 607.2 Cp. en su formulación originaria, es decir, tal y como fue aprobado por el legislador, tras regular en el primer apartado el delito de genocidio¹¹⁵², disponía lo siguiente:

«2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen¹¹⁵³ 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.».

¹¹⁵⁰ *Diario de sesiones del Senado*, V Legislatura, núm. 94, sesión del Pleno celebrado el jueves, 26 de octubre de 1995, p. 4897. Cfr. M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1132.

¹¹⁵¹ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1133.

¹¹⁵² **«Artículo 607 Cp.:**

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.».

¹¹⁵³ Como se verá, éste es el inciso declarado inconstitucional por la STC 235/2007.

Corresponde entonces tratar de ir desentrañando los elementos del delito. Partiendo del tenor literal del precepto, y atendiendo también a la *mens legislatoris*, se tratará de presentar de la forma más fiel posible los elementos del delito. Después de ello, se presentarán las propuestas doctrinales que de *lege lata* han intentado una limitación del ámbito punitivo que ofrece la lectura literal del precepto. Para, por último, tratar de inducir tanto el tipo de injusto como el bien jurídico más acorde a la forma ofensiva que configura la conducta típica.

4.2.1. Descripción del tipo penal. Lectura apegada al tenor literal por un «jurista persa». El déficit del contenido de injusto

El «jurista persa»¹¹⁵⁴ cuya curiosidad, ahora por el estudio de los delitos de negacionismo, le llevara a coger un Código penal español y se acercara por primera vez al art. 607.2 Cp., lo primero que notaría es que con este precepto se castiga una suerte de delito de difusión de ideas negacionistas o justificadoras del genocidio, al modo de los tipos de difusión de ideas racistas existentes en otros ordenamientos europeos. Apegados al tenor del propio precepto la acción típica no es otra que la pura «difusión», «por cualquier medio», de ciertas «ideas o doctrinas». Ahora bien, no de cualquier idea, sino de unos contenidos muy concretos: en primer lugar, ideas que «nieguen o justifiquen» delitos de genocidio. A este respecto, entre la radical «negación» y la «justificación», entendida como el intento de «presentar dichos hechos como justos u ofrecer razones o argumentos que avalen la ejecución e los mismos»¹¹⁵⁵, las cuales sí que resultarían típicas; más dudoso sería la inclusión de aquellas opiniones intermedias como la «banalización» o la «trivialización»¹¹⁵⁶. Y, en segundo lugar, también quedaría sancionada la difusión de aquellas ideas que «pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones»

¹¹⁵⁴ Me permito tomar aquí la figura del «jurista persa» que en su día usara CRUZ VILLALÓN para estudiar la estructura del Estado. En aquel estudio su autor lo comenzaba de la siguiente forma: «Supongamos por un momento que en un rincón de Persia habita un jurista que carece de cualquier tipo de información acerca de este país, pero que, por una misteriosa razón desea conocer cuál es la estructura de nuestro Estado, para lo cual –no olvidemos que, aunque oriental, es, al cabo, jurista– no se le ocurre cosa mejor que procurarse un ejemplar de nuestra Constitución vigente y entregarse concienzudamente a su lectura» («La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», en P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2006, p. 377).

¹¹⁵⁵ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1134. Esta autora entiende que el contenido «justificador» podría equipararse «a la alabanza o ensalzamiento del crimen» (*ibidem*, p. 1134).

¹¹⁵⁶ Tampoco ve claro que sean típicas este tipo de conductas que «se limiten a poner en duda la realidad de prácticas genocidas» (M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1134).

que los amparen. Como señala CUERDA ARNAU, «el tipo sólo exige que se *pretenda* la rehabilitación de tales regímenes, sin que, obvio es decirlo, pueda deducirse de la norma la exigencia de que se incite al uso ilegal de la fuerza»¹¹⁵⁷. En ambos casos parece que la referencia al genocidio ha de ser entendida como estrictamente a *hechos constitutivos del delito de genocidio*, por tanto de hechos o de prácticas que puedan ser considerados típicos según lo dispuesto por el apartado primero. Lo que no se exige es que hayan tenido que ser declaradas judicialmente como delito de genocidio. Tampoco se requiere que haya sido un genocidio ya ejecutado, sino que cabría el castigo por difundir ideas que vengan a justificar en abstracto la comisión de este tipo de delitos¹¹⁵⁸.

Además, según el precepto, se sancionará la «difusión» realizada «por cualquier medio». Pero, ¿es requisito que se haga públicamente? Nuevamente, haciendo una exégesis literal, tal apostilla lo único que vendría a especificar es la «indiferencia» del medio que se use para realizar tal «difusión»: desde la radio a la televisión, pasando por una publicación en Internet o, también, a través de un email o vendiendo o distribuyendo un libro. Por otro lado, si por «difusión» se entiende «propagar o divulgar», como dicta la Real Academia de la Lengua, parece que cuanto menos es exigible que tales ideas se hagan llegar a varias personas (es decir, dos o más personas). Pero lo que no se puede deducir en principio es que ello se tenga que hacer «en público». De tal forma que, a mi juicio, la conducta de difusión por cualquier medio incluiría tanto la exposición ante una concurrencia de personas, como la divulgación a través de todo tipo de medio de difusión, aunque ésta no se haga «públicamente» y se dirija a través de un medio de difusión privado a un número determinado de destinatarios¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1135. Añade la autora que más discutible es que en este tipo puedan recogerse comportamientos como portar símbolos o emblemas identificativos de estos regímenes, o «tributar públicamente elogios a los mismos, pues preconizar no es exactamente equivalente a “pretender”» (*ibidem*).

¹¹⁵⁸ Así, M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1134.

¹¹⁵⁹ A este respecto, CUERDA ARNAU entiende que será exigible la nota de publicidad, y concreta: «puesto que difundir por cualquier medio no equivale exactamente a divulgar por cualquier medio de difusión, entra dentro del tipo la conducta realizada ante una concurrencia de personas [...], quedando únicamente excluidas –como ya apuntara FEIJÓO– las opiniones expresadas en una conversación particular» («El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1133). También para G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1424, «quedarían fuera del tipo las opiniones expresadas en una conversación particular»; y B. FEIJÓO 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, p. 2273, excluye la «apología privada». Según MANZANARES SAMANIEGO, «de *lege lata* no hay razón para excluir del art. 607.2 las actividades clandestinas», de forma que no se tiene por qué exigir publicidad para las mismas («La apología delictiva», *op. cit.*, p. 762).

Por su parte, si se compara el tenor del actual art. 607.2 con el del anterior 137.bis b, la acción típica castigada en ambos era muy similar: si en el hoy día vigente se castiga la «difusión» por cualquier medio de ideas o doctrinas genocidas o de sus regímenes; en el anterior se exigía simplemente «exponer» estas mismas ideas o doctrinas, pero se cualificaba exigiéndose que la exposición se hiciera «ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión». La base inicial de ambos delitos era al final la divulgación pública de tales ideas. Sin embargo, la más notable diferencia entre los dos preceptos es que en el art. 137.bis b el castigo de tales conductas quedaba limitado a que «*por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito*». De manera que en este delito quedaba muy claro que el verdadero contenido de injusto de las conductas residía en su peligrosidad por la capacidad para constituir una provocación directa a cometer delitos. Sin embargo, ni rastro de ello se ve en *el actual 607.2 Cp., que no refiere en ningún momento la exigencia de que las conductas negacionistas hayan de resultar incitadoras, instigadoras o provocadoras a la comisión de delitos, ni de forma directa pero tampoco indirecta*. Porque, difundir puede interpretarse como divulgar, exponer públicamente, propagar; pero no guarda relación, por lo menos según su significado lingüístico ordinario, con la acción de incitar, instigar o con nada que refiera el intento de estimular en otros ideas o de promover actuaciones. Tampoco se puede identificar con la «apología»; difundir no supone «ensalzar» ni «alabar». Difundir es simplemente poner en conocimiento de otros algo. Eso es difundir; no otra cosa. Tanto es así que el art. 615 Cp., como se ha visto, ya castiga las conductas de provocación al genocidio, incluida la apología como provocación directa, con la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la que corresponda al delito; interpretándose, éste sí, según el art. 18 Cp.¹¹⁶⁰. Incluso, literalmente, el art. 615 Cp. abarcaría también el castigo de los actos preparatorios del delito del art. 607.2 Cp., ya que aquél opera para cualquiera de los delitos previstos en el Título XXIV, del Libro II, sobre «Delitos contra la Comunidad Internacional»¹¹⁶¹. Se podría dar, por tanto, que se castigara a aquellos que provocaran, conspiraran o propusieran difundir públicamente este tipo de ideas o doctrinas.

Así las cosas, el tipo penal configurado por la ley española tampoco se acoge a ninguna de las posibles cualificaciones de la conducta que sí que se daban en

¹¹⁶⁰ *Vid. supra* epígrafe 3.2 en este Cap.

¹¹⁶¹ Así lo aprecian y critican, M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1136; D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica, op. cit.*, p. 81; M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 972; 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, p. 21. Al entender de MANZANARES SAMANIEGO «[I]a penalidad propia del art. 607.2 rechaza, de otro lado, la aplicación de la regla punitiva que el art. 615» («La apología delictiva», *op. cit.*, p. 762).

otros modelos comparados y que han sido recogidos por la Decisión marco posterior: ni a la perturbación a la «paz pública» propia del sistema alemán; ni a la exigencia francesa de que los crímenes negados hayan sido reconocidos por autoridad judicial nacional o internacional; ni la inglesa de limitar la sanción de tales conductas a que resulten amenazantes, vejatorias o injuriosas para sus víctimas. Y el 607.2 Cp. tampoco exige ni unos motivos al modo de la agravante racista del art. 22.4 Cp.; ni el dolo específico que resulta propio de los delitos de genocidio a los que se remite¹¹⁶²; ni define unos «grupos diana» al modo del art. 510 Cp.

De tal suerte que, como se ha visto, en una interpretación declarativa del precepto apegada al tenor literal del mismo, nos encontramos con un delito que abarca un extraordinario ámbito punitivo, probablemente entre los más extensos en el modelo comparado (al momento de su proclamación), y que ciertamente va incluso más allá que lo que el propio legislador alemán se había atrevido a sancionar.

En síntesis: en España, el «jurista persa» al leer el precepto concluiría que, según una lectura literal del precepto, debiera quedar sancionada 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 genocidio¹¹⁶³. Reitero que su sentido literal

¹¹⁶² El art. 607.1 Cp. se configura como «un delito de resultado cortado que consiste en la realización de un acto (atentado contra bienes jurídicos individuales) con el fin de que se produzca un determinado resultado que queda fuera del tipo -destrucción del grupo- (así, B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2268). De manera que se trata de «un delito claramente intencional en el que la relevancia típica de la conducta del autor depende de la presencia de un específico elemento subjetivo del tipo de injusto: el propósito de destrucción» (*ibidem*, p. 2269).

¹¹⁶³ A juicio de DÍEZ RIPOLLÉS, «[n]os encontramos, por consiguiente, ante la criminalización de actitudes intelectuales que pretenden, por lo general sin ningún fundamento científico, cuestionar los análisis historiográficos consolidados» («Sobre el delito de negación de hechos históricos», *El País*, 9 de julio de 1999). Por otro lado, no se entiende la crítica que realiza C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario al Código penal...*, *op. cit.*, p. 1093, quien considera que «es una norma hipócrita en cuanto que el nazismo, al que hace referencia sin lugar a dudas, se dice que asesinó a seis millones de judíos, mientras que el comunismo estalinista, dicen las mismas fuentes que asesinó a varios millones más, y en tiempo de paz, pero a este hecho no se hace referencia». Parece que comentara el precepto sin haberlo leído, ya que, como ha quedado puesto de manifiesto, el mismo castiga cualquier negacionismo del genocidio, siempre y cuando cumpliera con los requisitos típicos aunque fuera en abstracto. De igual forma que el genocidio nazi puede perfectamente entrar dentro de la definición típica, ésta pudiera abarcar también otros genocidios. Porque, lo que es cierto, es que como señala C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial, 5ª ed., Civitas-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 719, «el genocidio es una empresa criminal que no funciona en régimen de monopolio».

no ofrece rastro de la exigencia de «incitación» o «provocación» a la comisión del delito, ni directa ni indirecta¹¹⁶⁴. Como tampoco se exige que las expresiones resulten vejatorias o despreciativas para las víctimas¹¹⁶⁵. El delito sería, por tanto, un tipo autónomo de «mera conducta» que se consumiría por la difusión «pública» de tales ideas o doctrinas¹¹⁶⁶. El dolo sólo tendría que abarcar el conocimiento y la voluntad de difundir ideas y doctrinas que tuvieran tal contenido¹¹⁶⁷. En principio no se puede deducir tampoco 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 divulga tales ideas comparta tal deseo de que sean rehabilitados. De forma que nada permite concluir, a título de dolo, que el sujeto activo tenga que ir más allá de ser consciente del contenido de aquello que difunda, sin que ni siquiera sea necesario que lo comparta. Por otro lado, tampoco se incluye como elemento subjetivo la exigencia de motivaciones discriminatorias. De manera que su castigo puede concurrir con la agravante racista del art. 22.4 Cp. y, como se ha visto, literalmente se podrían castigar los actos preparatorios de este delito de difusión según el art. 615 Cp. En cuanto a la autoría y participación, la única peculiaridad sería la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad establecido en el art. 30 Cp. al tratarse de delitos cometidos soportes de difusión pública¹¹⁶⁸. Dejo para tratar posteriormente la

¹¹⁶⁴ En este sentido, expresa VIVES ANTÓN, «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» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 820).

¹¹⁶⁵ Así se constata también en A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA (coord.), *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, 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».

¹¹⁶⁶ Según CUERDA ARNAU «parece obvio que el tipo de consume 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» («El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1136). BILBAO UBILLOS 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» («La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 320).

¹¹⁶⁷ Para J. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El delito de genocidio», *op. cit.*, 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 transcendencia de lo que pueden afirmar». En el mismo sentido, *vid.* G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004, p. 2149.

¹¹⁶⁸ Advierte CUERDA ARNAU que de esta manera se consigue limitar el «círculo de los sujetos responsables, pues [...], de un lado, se elimina la responsabilidad de los cómplices y los encubridores, y, de otro, los autores responderán de la manera escalonada, excluyente y subsidiaria que en él se establece, y sólo, naturalmente, en cuanto puedan ser reputados autores conforme al

cuestión relativa a las situaciones concursales que puedan presentar con otras normas, especialmente los artículos 510 Cp. y el 615 Cp., ya que antes será necesario clarificar los bienes jurídicos tutelados por cada una de ellas¹¹⁶⁹. Nos encontramos, de esta manera, con un «puro» delito de opinión¹¹⁷⁰.

¿Cuál sería entonces el contenido del injusto del tipo penal? ¿Dónde se podría justificar el desvalor penal de esta figura delictiva? Pues bien, el «jurista persa» que leyera este tipo penal concluiría que el contenido del injusto de estas conductas se residenciaría en la difusión de unas ideas o doctrinas con un contenido ciertamente reprochable: negar o justificar genocidios o pretender rehabilitar regímenes genocidas¹¹⁷¹. ¡A cualquier «demócrata» deberán repugnar tales opiniones!, pensaría el «jurista persa» confirmando el juicio de «desvalor» sobre estos actos. ¡Pensemos a aquellos –por quedar más cerca- que todavía hoy se atreven a expresar «si Franco levantara la cabeza»¹¹⁷²! Incluso, aunque sea alejándonos en el tiempo, ¿podría ser aplicable al que escribiera un libro imaginando lo bien que estaría en la actualidad España si se volviera a reinstaurar

artículo 28, esto es, cuando exista una propia contribución al hecho delictivo» («El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1137).

¹¹⁶⁹ A este respecto, señala LANDA GOROSTIZA que se trata de «una figura penal separada formalmente de nuestro “delito de provocación” –art. 510 Cp.- y ubicada sistemáticamente en el delito de genocidio –art. 607.2º-»; de manera que «[m]ás allá de comparaciones formales, la cuestión clave es si realmente el “delito de provocación” del artículo 510 CP y la conducta “apologética” del art. 607.2º tienen sentidos de tutela diferentes y protegen bienes jurídicos también distintos [...], o si por el contrario, apuntan más bien hacia un mismo sentido de tutela por más que se ubiquen sistemáticamente en preceptos separados» («La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 697).

¹¹⁷⁰ En palabras de BENLLOCH PETT: «nuestro legislador ha improvisado el artículo 607.2 CP, que no requiere la presencia de ánimo injurioso alguno ni de circunstancias que permitan interpretar la negación del genocidio como forma de provocación a la discriminación; sino que abarca dentro de su amplio tenor literal cualquier difusión dolosa de ideas o doctrinas negadoras de cualquier genocidio, sin mayores restricciones ni cautelas. Con ello reaparece en nuestro Derecho penal el delito de opinión en su forma más pura» («El Derecho penal ante el conflicto político...», *op. cit.*, p. 190).

¹¹⁷¹ Como expresa CUERDA ARNAU, «con mayor o menor ámbito, lo cierto es que lo sancionado es la opción pública a favor de una concreta –e indeseable, dicho sea de paso- ideología» («El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1135).

¹¹⁷² Porque, el régimen franquista, se podrá discutir si resultó totalitario o autoritario, pero con sólido fundamento puede considerarse que el mismo amparó lo que hoy serían crímenes contra la Comunidad Internacional. No obstante, es cierto que puede resultar difícil castigar el negacionismo de los «crímenes franquistas» tal y como se encuentra actualmente formulado el art. 607.1 y 2 Cp. Y es que la definición de genocidio típica del art. 607.1 exige un «dolo específico» que sólo abarca el propósito de acabar con un grupo social por su condición «nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes», pero no la razón política, que sería la que «mejor» pudiera haber caracterizado los «crímenes franquistas». Como se ha visto, los países de la Europa del Este defendían la inclusión de las motivaciones políticas a los efectos de responder a su pasado totalitario, en este caso de signo contrario, como fue el comunismo soviético.

una monarquía absoluta al modo de la de los Reyes Católicos con Torquemada incluido? Lo dicho, ideologías «intolerables» democráticamente. Pudiera también plantearse el «jurista persa» que a la base de este delito no hay sólo un desvalor por el contenido anti-democrático de las manifestaciones, sino también un reproche ínsito en las propias conductas de «difundir» públicamente estas ideas, bien sea por su peligrosidad para contaminar psicológicamente a los ciudadanos, o bien por considerar que cualquier forma de negación de un genocidio supone en sí misma un insulto a sus víctimas.

En cualquier caso, ocurre que el «jurista persa» no sabía que en España hay una Constitución que consagra un modelo abierto en el que la «libertad» y el «pluralismo político» son elevados al rango de valores superiores y que reconoce la libertad de expresión con un claro sentido personalista, cuyo núcleo esencial veda que puedan prohibirse expresiones por un reproche puramente ideológico, por más que ataquen o repugnen las bases de nuestros valores constitucionales. Tampoco sabía el «jurista persa» que el nuestro *pretende* ser un Derecho penal democrático, y, por tanto, sometido a principios que de manera expresa o tácita emanan de nuestra Constitución, como la necesaria tutela de un bien jurídico constitucional y el principio de ofensividad. Desconocía el «jurista persa» que el Derecho penal es un recurso de «*extrema ratio*» que no sirve legítimamente a paternalismos democráticos. ¿Sabía todo esto el legislador español? Si lo sabía -y debiera saberlo-, sin embargo no supo contemplarlo al configurar la norma penal como un delito puramente formal. Como se ha dicho antes, lo que sí que tenía claro era su propósito: no dejar ningún espacio de impunidad frente a expresiones negacionistas. Eso lo consiguió y sí que lo plasmó perfectamente. Tanto que «[a]l legislador sólo le faltó añadir que la norma que prohíbe la llamada apología del genocidio impone también la obligación de censurar la conducta»¹¹⁷³. El problema está cuando se hace ley de la nuda «*voluntas*» sin pasarla antes por el cedazo constitucional. ¿*Quod principi placuit legis habet vigorem?*

¹¹⁷³ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1135. Considera DíEZ RIPOLLÉS que «a lo que más se parece el precepto que criticamos es al artículo 432 del viejo Código, el cual, hasta 1988 castigaba a quien “expusiera doctrinas contrarias a la moral pública”, y que fue derogado por estimarse contrario a las libertades ideológicas y de expresión» («Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.*). Así lo entiende también M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1163.

4.2.2. Los intentos doctrinales para lograr una interpretación de *lege lata* «restrictiva» del precepto

La doctrina española ha tenido muy presente la excesiva amplitud a la que abocaba una interpretación literal del precepto, por lo que mayoritariamente ha buscado dar una lectura «restrictiva» del mismo¹¹⁷⁴. A estos efectos había que tratar de conseguir restringir el ámbito punitivo de la norma sin quebrar su tenor literal. El problema era tratar de lograr una interpretación de *lege lata* con un adecuado contenido de injusto legítima constitucionalmente, pero sin llegar a «manipular», a tener que «torcer» el tenor del precepto. Porque el principio de legalidad impone en el ámbito penal un importante límite al intérprete, el cual tiene vedado poder «desbordar» el tipo legal. El intérprete penal puede tratar de precisar, especialmente en modo restrictivo, los elementos del tipo; pero no puede inventarlos. Ello aunque se intente con la sana voluntad de evitar excesos en el ámbito típico configurado por la norma. Ir más allá exige entrar en consideraciones de *lege ferenda*.

Entre estos intentos CUERDA ARNAU ha planteado si sería posible buscar el contenido de injusto de la norma, no en la sanción por el contenido de las ideas, sino por el «aspecto no comunicativo» de la conducta. Sin embargo, la propia autora reconocía 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»¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁴ En palabras de CUERDA ARNAU, «la fórmula en cuestión [...] no puede ser más desafortunada y equívoca, pues entraña el riesgo de que se estime objeto de sanción la pura discrepancia ideológica [...]. Con todo, es obvio que la Constitución impide de plano esa posibilidad y que ello obliga al intérprete a tratar de otorgarle un significado distinto al que se desprende de su tenor literal» («El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1133). Según BARRERO ORTEGA, «[n]o es un tipo penal depurado. Una interpretación extensiva de su tenor literal llevaría a condenar no sólo a quienes incitan indirectamente a cometer un delito o a quienes pretenden fomentar un clima social de hostilidad y odio hacia determinados colectivos, sino también a quienes, a través de la negación, quieren evitar cualquier relación entre un régimen político que se define y los genocidios que se le atribuyen e incluso al historiador demenciado que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento tendencial o finalista alguno» («Negacionismo y libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 104). DíEZ RIPOLLÉS entiende que «no cabe enmascarar la auténtica naturaleza de este delito propugnando interpretaciones restrictivas que limiten su aplicación») «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.*). Pueden verse también en sentido crítico, B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a *Die...*», *op. cit.*; y J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código penal)», *Revista penal*, n. 23, 2009, pp. 120-13.

¹¹⁷⁵ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1134.

Se ha dado también algún intento de reinterpretar este precepto a la luz del art. 18 Cp., como una forma de provocación directa¹¹⁷⁶. Sin embargo, la mayoría de la doctrina concuerda con que el delito del art. 607.2 Cp. excede de los términos del art. 18 Cp. y «reconoce que se trata de un adelantamiento de barreras punitivas aún más drástico como tipo penal autónomo»¹¹⁷⁷. Tratar de someter el art. 607.2 Cp. a las exigencias del art. 18.1 Cp., con independencia de que se considere o no tipo autónomo, resulta bastante difícil de poder justificar toda vez que, como se ha visto, el precepto, a diferencia de la formulación anterior, ha quitado cualquier referencia al carácter provocador de la difusión. Pero, además, de interpretarse como norma especial con respecto al art. 615 Cp., de tal suerte que se aplicara para los casos de provocación directa a los delitos del 607.1 Cp., esto daría como resultado el que se impusieran penas más benignas a tales actos apologeticos que

¹¹⁷⁶ Así, en A. NIETO MARTÍN y A. PÉREZ CEPEDA (coord.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1119, «[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 T. S. VIVES ANTÓN, *et alii: Derecho Penal...*, op. cit., *passim*; como de F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 779, cualquier otra interpretación que no fuera según las exigencias del art. 18.1 Cp., podría resultar inconstitucional. También a favor de esta interpretación conforme al art. 18.1 Cp., I. SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código penal...*, op. cit., p. 2003. En opinión de J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET, «Artículo 18», op. cit., cabría una «exportación parcial» del artículo 18.1.

¹¹⁷⁷ J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», op. cit., p. 697 (cfr. también ÍD., *La política criminal contra la xenofobia...*, op. cit., pp. 168 y ss). O BILBAO UBILLOS, «[l]os requisitos del 18.1 no son aplicables al 607.2. Por eso están condenados al fracaso los intentos de salvar la constitucionalidad del precepto considerando la conducta descrita como una forma de provocación» («La negación de un genocidio...», op. cit., p. 320). Para MANZANARES SAMANIEGO, «no procede buscar ayuda exegética en la definición del art. 18.1» («La apología delictiva», op. cit., p. 762). También en este sentido, lo conciben como figura autónoma al margen del art. 18.1 Cp., T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, op. cit., p. 819; ÍD., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», op. cit., s.p.; D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 81; M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», op. cit., p. 1146; G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., 1422; M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, op. cit., p. 972; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 157; J. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El delito de genocidio», op. cit., p. 21; G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 2148; A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial...*, op. cit., p. 1118; C. LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2004, p. 722; G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 1819. J. GÓMEZ NAVAJAS, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 3, 1999, pp. 1844 ss.

al resto de actos preparatorios sancionados conforme al art. 615 Cp.; algo que vendría a contradecir la voluntad del legislador¹¹⁷⁸.

Otros autores consideran entonces que la única limitación posible sería a través de la restricción del sentido típico de la conducta¹¹⁷⁹. En este sentido, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ entiende que se podría dar cierta restricción en la conducta de «difusión de ideas o doctrinas», excluyéndose la «apología privada», y exigiendo que no se castigue cuando se expresan meras dudas, sino que «la negación o justificación debe ser a efecto de tipicidad clara, manifiesta, franca y terminante»¹¹⁸⁰. Además, mantiene este autor que la «publicidad», aunque no sea un requisito directamente exigido por la norma, puede también deducirse de una interpretación sistemática. Pero, sobre todo, sostiene que para que haya una mínima afectación al bien jurídico propio de los delitos de genocidio en los que se encuadra el art. 607.2, que sería «la existencia o supervivencia de ciertos grupos humanos», se debería requerir la intencionalidad propia del delito de genocidio¹¹⁸¹. De manera que, a juicio de este autor, sería exigible también para el art. 607.2 Cp., en una interpretación restrictiva de *lege lata*, el «dolo específico» característico de los delitos primer apartado del artículo.

La posición interpretativa con más acogida en doctrina trata de extraer el contenido de injusto de la conducta presentándola como una apología *impropia*, entendida como forma de instigación encubierta o indirecta –fuera por tanto de las

¹¹⁷⁸ El art. 615 Cp. castiga los actos preparatorios de estos delitos con la reducción de la pena en uno o dos grados a la que correspondiera a los delitos; lo cual, si se proyecta sobre las conductas del art. 607.1 Cp., es una pena mayor que la pena de prisión de uno a dos años impuesta por el art. 607.2 Cp. (salvo en el caso de las penas del número 5º del art. 607.1 Cp. que la pena inferior en dos grados coincidiría con las del art. 607.2 Cp.). Así lo ponen de manifiesto, D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica, op. cit.*, p. 81; G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1424; M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 972; J. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El delito de genocidio», *op. cit.*, p. 21; M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1146.

¹¹⁷⁹ Así, se señala en G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, 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 (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».

¹¹⁸⁰ B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2273.

¹¹⁸¹ En tal sentido, afirma FEIJOO SÁNCHEZ: «Se trata, pues, de una prohibición de preparar psicológicamente a las masas a favor del genocidio por medio de la propaganda, aunque para la consumación de este delito no haga falta que se cumpla tal objetivo. Creo que sólo en este sentido se puede apreciar un mínimo peligro con respecto a la existencia de un grupo nacional, étnico, racial o religioso como bien jurídico protegido de forma primordial» («Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2273).

exigencias del art. 18.1 Cp.¹¹⁸². Ahora bien, para salvar que la acción típica de difundir, como se ha dicho, ni es apología ni menos aún guarda relación con instigar o provocar, se pone ésta en relación con los contenidos objeto de difusión (negación o justificación del genocidio o de pretender la rehabilitación de regímenes genocidas), ya que *de alguno de ellos* sí que puede extraerse un *cierto* sentido apologético¹¹⁸³. Esta interpretación sería la que torcería menos el principio

¹¹⁸² Éste es el sentido interpretativo que parecen buscar de *lege lata*, entre otros, M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1133 ss.; o J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, 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». A juicio de 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, p. 2/14, la modalidad comisiva del negacionismo puro no puede ser sancionada «en un ordenamiento penal democrático» (*ibidem*, p. 3/14), si bien, en el caso de la modalidad de la justificación, considera que, aunque «no se acomode a los requisitos generales de la apología establecidos en el art. 18 CP» (*ibidem*, p. 2/14). Para P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, 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». J. BARQUÍN SANZ, «Apología del genocidio», *op. cit.*, p. 380, la califica como «apología impropia del genocidio»; B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2267, «[s]e trata de un supuesto específico de apología o cuasi-apología tipificado en la parte especial que quiebra los principios político-criminales del legislador del Código Penal de 1995 con respecto a conductas apologéticas»; o J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal...*, *op. cit.*, p. 157, asegura que se trata de una «provocación débil o una apología *stricto sensu*, o ni siquiera eso». Para J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La apología delictiva», *op. cit.*, p. 762, nos encontramos ante la única «manifestación de apología propiamente dicha o doctrinal, configurada como figura delictiva autónoma» que se conserva en el Código; y advierte que aunque «[e]l precepto no utiliza la palabra “apología” [...], pero de apología se trata».

¹¹⁸³ Es posible reconocer, aunque sea en forma un tanto remota, ese carácter enaltecedor en la expresión de opiniones justificadoras del genocidio o en aquellas que pretenden rehabilitar ciertos regímenes; si bien más difícil resulta encontrar tal dimensión laudatoria en las opiniones «negadoras». De hecho suele ser justo el contrario, ya que quien niega una evidencia histórica suele ser porque reconoce su carácter execrable. Como expresa BILBAO UBILLOS, «[e]n rigor la modalidad o subtipo de negación del genocidio ni siquiera es un supuesto de apología, porque en buena lógica cuando se niega un hecho histórico no se está ensalzando ese hecho, en este caso el genocidio, ni enaltecendo a sus autores. Es un supuesto puro y duro de persecución penal del negacionismo histórico» («La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 322). O, como en el mismo sentido afirma DE LA ROSA CORTINA, el negacionismo o revisionismo histórico en la medida que se limite a la negación o puesta en duda de hechos, «no supone una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de delitos, ni implica una justificación del genocidio ni una exaltación de sus autores. Precisamente, si el texto o soflama negacionista trata de borrar hechos genocidas [...] es porque implícitamente parte de la maldad intrínseca de los hechos genocidas en sí» («Negacionismo y revisionismo...», *op. cit.*, p. 2/14). En sentido similar, LASCURAIN SÁNCHEZ advierte lo contradictorio que supone considerar la negación de un hecho como incitación, ya que «[l]a negación torticera de un hecho histórico puede deberse a que tal hecho le parece mal al negador, que pretende con ello salvaguardar su juicio positivo del régimen que lo promovió» («La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal* [base de datos en línea], n. 6, 2010, s.p.). Señala además C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de Derecho Penal. Tomo II...*, *op. cit.*, p. 720, que «[n]o parece sencillo reputar de apología la negación de incontestables genocidios ocurridos en el

de legalidad y conseguiría una mayor restricción del ámbito punitivo. No obstante, para poder reconstruir el precepto desde esta óptica se sigue teniendo, por un lado, que «manipular» el sentido de la acción típica hasta deducir de ella un carácter apologético, y, por otro, habría que enriquecer el dolo para proyectarlo exigiendo al menos tal intencionalidad laudatoria¹¹⁸⁴. Esta lectura lleva entonces a configurar el delito como una figura de peligro abstracto que se consuma con la mera realización de la conducta, sin exigir un resultado¹¹⁸⁵. Pero la interpretación del delito no se cerraría con ello sino que caben varios enfoques según el bien jurídico y el «resultado lesivo temido» sobre el que se sustente el juicio de peligrosidad. Algo que exige aclarar además la relación existente entre la legislación de prevención del genocidio y la legislación anti-discriminación, con fundamentos comunes pero no idénticos. De manera que se hace necesario pasar ahora a ver las distintas fundamentaciones que se han ofrecido a esta interpretación restrictiva del tipo como forma de apología indirecta en el marco de estas legislaciones¹¹⁸⁶.

4.2.3. (sigue) El fundamento de la intervención penal: a la búsqueda de un adecuado contenido ofensivo para el tipo penal. Posición crítica. Relación con otras figuras afines

Bien jurídico y contenido de injusto son sin duda la «clave de bóveda» para definir un delito. Sin embargo, como se ha hecho notar, al contemplar estos aspectos se corre el riesgo de confundir la «ratio» del legislador, aquella que le mueve a incorporar el tipo penal al ordenamiento, con el reconocimiento de un bien jurídico-penal. Para que el ejercicio del *ius puniendi* esté justificado es

pasado, porque se mire como se mire, ello no incita directamente a cometer delito, sobre todo si se habla de acontecimientos históricos de varios siglos atrás».

A todo lo cual añadir que, si ya es forzado dotar de un sentido «enaltecedor» a las conductas típicas, más difícil aún es ver en ellas un carácter incitador. A este respecto me remito a las reflexiones ya realizadas *supra* epígrafe 3.1 en este Cap., en sede del estudio del art. 18.1 Cp. donde se presentaba las dificultades que con carácter general presenta la lectura de la apología como una forma de instigación.

¹¹⁸⁴ Sobre si el tipo incorpora un «elemento subjetivo» consistente al menos en el ensalzamiento o la aprobación del delito, M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1135-1136, opina que éste sí que se puede considerar ínsito en la conducta de justificación, pero más discutible es poder encontrarlo en la mera negación o en la de pretender la rehabilitación de regímenes genocidas.

¹¹⁸⁵ A este respecto, *vid.* M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1136.

¹¹⁸⁶ El delito del art. 607.2 Cp. por su ubicación sistemática se encontraría dentro de la legislación de prevención del genocidio, pero también se le atribuye una naturaleza muy cercana a los tipos anti-discriminación.

necesario poder identificar una conducta que resulte ofensiva para un bien jurídico de relevancia constitucional (antijuridicidad material)¹¹⁸⁷. Tal juicio de desvalor del acto debe entonces concretarse en el contenido injusto de la norma penal. En otras palabras, la norma penal debe incorporar un contenido de injusto que sea expresión de tal desvalor del acto. Aquí se ha seguido entonces, como ya se anunciara, un proceso inverso para intentar evitar ser confundidos por esa *ratio* legislativa. De manera que, a partir de un análisis de *lege lata*, se ha interpretado la configuración típica para tratar de extraer de la misma su contenido de injusto y con éste definir entonces para qué bienes jurídicos pueden resultar ofensivas las conductas prohibidas.

La *ratio* legislativa parece clara: el legislador pretendió dar respuesta a las expresiones de racismo que hoy día se extienden por Europa y que son caldo de cultivo de la intolerancia y pueden servir de pórtico de la violencia¹¹⁸⁸. De esta manera, el art. 607.2 Cp. encaja con los propósitos declarados en la LO 4/1995. Sin embargo, su ubicación sistemática no ha sido la normal de este tipo de delitos, sino que se ha incluido entre los delitos contra la comunidad internacional, derivados a su vez de los compromisos internacionales en prevención contra el genocidio. Aunque, como ha indicado el Tribunal Supremo, no pueda considerarse en sentido estricto como delito de genocidio¹¹⁸⁹. No obstante, será necesario jugar con ambos elementos de juicio a la hora de tener en cuenta la definición del bien jurídico.

Recapitulando lo dicho hasta ahora sobre la configuración típica, la interpretación literal de la norma llevaría a un delito «sin ofensa», un «delito formal» en el que la ofensa no sería otra que la difusión de unas ideas contradictorias sobre el ordenamiento jurídico. Algo que quedaba radicalmente descartado. Por su parte, también quedaba descartado encontrar el fundamento del injusto como «acto preparatorio» ni de los delitos de genocidio (en el que ya concurre el art. 615 Cp.), pero tampoco de los delitos de discriminación –aunque su fundamento sea ciertamente muy similar-. Finalmente, el art. 607.2 Cp. era definido por la mayoría de la doctrina como una figura apologética autónoma de

¹¹⁸⁷ Éstos son requisitos necesarios pero no suficientes de la intervención penal. Me refiero aquí, por tanto, a ese primer escalón en la fundamentación de una norma penal y, más genéricamente, del ejercicio del *ius puniendi*.

¹¹⁸⁸ Así lo entiende también M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1138. A juicio de M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, p. 101, este delito «no es un producto casual», sino que respondería a una respuesta del legislador a una carencia de nuestro ordenamiento que no disponía de instrumentos suficientes para difundir propaganda nacionalsocialista. A este respecto considera que es «la legitimidad constitucional del discurso nacionalsocialista y la eventual inconstitucionalidad penal de su tipificación, de lo que básicamente se está hablando» (*ibidem*, p. 102); ello aunque el precepto no castiga exclusivamente el nacionalsocialismo.

¹¹⁸⁹ *Cfr.* ATS de 14 de junio de 2002.

peligro abstracto. Pero, téngase en cuenta que, como delito de peligro abstracto, el juicio de peligrosidad se fundamenta en la probabilidad de que se produzca una lesión de un bien jurídico, aunque ésta se considere ínsita en la propia realización de la conducta. Es aquí donde se daban los principales problemas de este delito y se abrían los diferentes enfoques, como ocurría con el delito de provocación del 510 Cp. En ello corresponde indagar ahora.

Pues bien, la particularidad de este delito, y en general de los tipos penales propios de la legislación contra la discriminación, interpretados como figuras de peligro abstracto, estaría en que el «resultado lesivo temido» que fundamenta el contenido de injusto del delito, aquello que se pretende evitar, es un «clima», un «estado de ánimo social» hostil contra las personas que pertenecen a unos grupos especialmente sensibles. «Clima» que, de manera remota, pudiera poner en peligro la «seguridad existencial» de tales grupos sociales¹¹⁹⁰. El «resultado lesivo temido» no es, por tanto, que se vaya a producir un genocidio¹¹⁹¹; sino que se habla de la «antesala del Holocausto»¹¹⁹², de la «semilla» para futuros genocidios¹¹⁹³, «donde los delitos de genocidio se incuban o pueden incubarse»¹¹⁹⁴, del «clima ambiental o

¹¹⁹⁰ Por todos, *vid.* V. GÓMEZ MARTÍN, «Discurso del odio...», *op. cit.*, pp. 96 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”» (*ibidem*, p. 96).

¹¹⁹¹ Se descarta que el «resultado lesivo temido» que fundamenta este delito sea la «probable» comisión de un genocidio, por lo menos como riesgo fundante de manera directa del reproche penal. Si se entendiera como un tipo autónomo de peligro abstracto por la provocación indirecta pero referida a la comisión de un delito de genocidio, a mi entender las exigencias mínimas de antijuridicidad material obligarían a poder excluir la sanción de cualquier conducta que en un juicio *ex ante* fuera absolutamente inidónea para que se verificara ese daño -el propio del genocidio-; algo que, en las actuales condiciones de nuestro país, dejaría al tipo penal prácticamente inaplicable. Además, de entenderse así, la diferencia con el art. 615 Cp. quedaría reducida a la forma de expresión de la apología: en una mediante una «provocación directa» y en la otra mediante una «provocación indirecta» o «encubierta», pero referidas al mismo objeto (la probabilidad de que cometa un genocidio). A pesar de la ubicación sistemática del delito, no parece que sea tampoco ésta la voluntad con la cual se fijó, más cercana al intento de combatir formas de xenofobia y racismo.

¹¹⁹² J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 711.

¹¹⁹³ En este sentido, *cfr.* J. M. DE LA ROSA CORTINA, «Negacionismo y revisionismo...», *op. cit.*, pp. 2 y ss.; quien considera que la modalidad comisiva del negacionismo puro no puede ser sancionada «en un ordenamiento penal democrático» (*ibidem*, p. 3/14); si bien, en el caso de la modalidad de la justificación, afirma que, aunque «no se acomode a los requisitos generales de la apología establecidos en el art. 18 CP [...], tal comportamiento exige una respuesta desde el ámbito penal [...] por el peligro que puede generar sembrar mediante discursos de odio la semilla de posibles futuros genocidios» (*ibidem*, p. 2/14) –cursivas más-.

¹¹⁹⁴ J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La apología delictiva», *op. cit.*, p. 762.

caldo de cultivo de acciones violentas subsiguientes»¹¹⁹⁵, de «aplantar a la serpiente en el huevo»¹¹⁹⁶... En definitiva, *se pretende adelantar la barrera punitiva hasta el castigo de provocaciones que pueden desatar una «chispa» de la que puedan degenerar actos ilícitos (hostilidad, violencia, odio) que sean constitutivos a su vez de un clima en el que potencialmente puede cuajar un genocidio*¹¹⁹⁷.

¿Cuál sería entonces el bien jurídico protegido ante tal injusto fundado en un difuso clima? Sólo de forma mediata o indirecta se pueden afirmar como bienes jurídicos aquellos propios del delito de genocidio -«la existencia o supervivencia de ciertos grupos humanos»¹¹⁹⁸-; por lo que, más bien, la concepción de los delitos a partir del «peligro» de que se genere tal «clima» parece llevar hacia la protección de una suerte de «tranquilidad pública», que bien podría identificarse con la archiconocida «paz pública». No obstante, el bien «paz pública», como el «orden público», genera una notable y fundada oposición en un importante sector doctrinal¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ Así, *vid.* J. GIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 578», *op. cit.*, 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».

¹¹⁹⁶ M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplantar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*

¹¹⁹⁷ Como expresa FEIJOO SÁNCHEZ, «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» («Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, 2272). En C. LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal. Parte especial...*, *op. cit.*, p. 722, se aleja todavía más el peligro y entiende que «[l]o que se sanciona esta norma no es tanto la incitación a cometer genocidio cuanto la creación de un ambiente mediante el que la opinión pública llegue a olvidar la experiencia de los padecimientos ocasionados por anteriores conductas genocidas».

¹¹⁹⁸ Así, *cfr.* B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2273. No obstante, el bien jurídico en los delitos de genocidio es controvertido, entre quienes sostienen que se da protección a un bien jurídico colectivo, a los que defienden la protección de bienes jurídicos individuales, y los que al final optan por un delito pluriofensivo. Para un resumen sobre las distintas propuestas, *vid.* J. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El delito de genocidio», *op. cit.*, pp. 13 ss. o M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 966 y ss.

¹¹⁹⁹ A este respecto, *cfr.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 704 y ss., que realiza una crítica a estas figuras protectoras de la «paz pública», articulada sobre la base de cuatro ejes: A) La «paz pública» como bien jurídico lleva a que el efecto del comportamiento que se prohíbe sea igualmente difuso de tal suerte que al final «se traslada al juez la decisión de definir los contornos del delito» (*ibidem*, p. 701). B) «[E]l riesgo de incriminación de la pura actitud interna. (*ibidem*, p. 701). C) «[S]alto en la imputación desconociéndose que cuando la “incitación” es tan genérica todavía falta una decisión posterior “libre” y plenamente imputable de actuar según la actitud hostil, violenta, discriminatoria o de eliminación genocida que el agitador ha contribuido a generar o despertar»; de forma que se adopta una posición paternalista en la que hay una suerte de «presunción de que los receptores del mensaje carecen de autonomía y madurez para decidir por sí mismos cómo reaccionar ante tales manifestaciones». Se trata a los ciudadanos como si fueran «menores de edad» (*ibidem*, pp. 702-703). D) Tal tratamiento pudiera estar justificado no sólo en casos de ser provocaciones dirigidas a auténticos menores de edad, sino

En un intento de superación de tales bienes, se ha intentado contextualizar el art. 607.2 Cp., como el art. 510 Cp., en el marco de la legislación anti-discriminación, enfatizando su «evidente vocación de tutela de minorías que aspira a prevenir adelantadamente agresiones a gran escala contra colectivos o minorías especialmente “sensibles”»¹²⁰⁰. *Se intenta acercar entonces el bien jurídico a valores como la «dignidad humana» o el «derecho de no discriminación»*. Destaca a este respecto la posición de LAURENZO COPELLO, quien, como se vio¹²⁰¹, defiende que «dos son los bienes jurídicos implicados en todo trato discriminatorio: *el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás y el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución*»¹²⁰². Proyectado esto sobre el delito del art. 607.2 Cp., sostiene la autora que, a diferencia de la jurisprudencia constitucional que se había orientado, «más bien, a la lesión del *honor* del colectivo agraviado, mientras que aquí estamos hablando, en cambio, del derecho de todo individuo a ser tratado como un igual con independencia de sus particularidades biológicas o culturales»¹²⁰³. Por tanto, este delito debiera entenderse como una figura «de peligro abstracto, puesto que se trata *de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad* que, de forma mediata, podrían concretarse en actos específicos de discriminación»¹²⁰⁴; algo que exige una «peligrosidad de la acción,

también cuando se dieran «situaciones sociales de “excepción”». Pudiera por tanto ser admisible como producto de una «legislación de crisis» (*ibidem*, p. 703)

Para LAURENZO COPELLO bienes jurídicos como la «paz pública o el orden público» conducen a resultados insatisfactorios, de manera que «al tratarse de bienes sumamente difíciles de precisar, también el efecto del comportamiento punible sobre ellos acaba siendo totalmente difuso. Así se habla, por ejemplo, de la creación de un clima de intranquilidad o de una atmósfera favorable a la violencia, criterios todos ellos que, por su total falta de concreción, terminan trasladando el problema al juez que debe aplicar los tipos» («Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 234). *Cfr.* también la crítica de M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1141 y ss.; B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272.

¹²⁰⁰ *Cfr.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 700 y ss., que fuertemente critica en estos delitos su «clara configuración como figuras protectoras de la «paz pública», como delitos de peligro abstracto en que se busca prevenir la creación de las condiciones –el “clima”– en el que pueden proliferar conductas lesivas de los bienes jurídicos individuales de los miembros de determinados colectivos» (*ibidem*, p. 700).

¹²⁰¹ A este respecto, *vid. supra* epígrafe 3.2 en este Cap. con el delito de provocación del art. 510 Cp.

¹²⁰² P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 237. No obstante, recordemos que a juicio de la autora la perspectiva «esencial» en estos delitos debiera ser la individual, tomándose en cuenta la dimensión colectiva para perfilar el daño social resultante, lo que ayuda a determinar así la gravedad de las conductas. De esta manera, el juicio de contenido injusto de característico a este tipo de delitos sería «el *peligro* que comportan de creación o profundización de actitudes intolerantes y hostiles hacia ciertos colectivos que pueden desembocar en actos concretos de marginación de sus miembros» (*ibidem*, p. 239).

¹²⁰³ P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 263.

¹²⁰⁴ *Íbidem*, – cursivas más–.

esto es, la idoneidad de las opiniones que nieguen, justifiquen o pretendan rehabilitar regímenes favorecedores del genocidio *para crear en otros actitudes de hostilidad hacia el colectivo afectado*»¹²⁰⁵. Para lo cual, según la autora, no valdrá con la mera negación o poner en duda los actos genocidas, sino que «[h]ará falta, además, que esa opinión represente un peligro para los bienes implicados, peligro que probablemente sólo podrá afirmarse –en línea con la tesis del TC- cuando concurren juicios peyorativos y humillantes hacia las víctimas del genocidio»¹²⁰⁶. Creo que la autora tuerce demasiado el eje ofensivo, ya que, en mi opinión, no estaría justificado el relacionar el carácter peyorativo o humillante de los juicios con su peligrosidad para generar actos de odio, al menos de forma tan directa. En tal sentido parece mejor distinguir, por un lado, conductas cuya ofensividad sea el generar un peligro para que se cometan discriminatorios o violentos, de aquellas otras que pueden resultar directamente ofensivas de bienes como el honor reforzado por el concepto de igual dignidad humana, al tener un carácter vejatorio o humillante.

Por otro lado, LANDA GOROSTIZA ha apostado también por reconocer en ambos delitos, el art. 607.2 Cp. y el 510 Cp., el mismo sentido o fundamento de la tutela. Como quedó ya planteado¹²⁰⁷, este autor, a diferencia de LAURENZO COPELLO, prefería enfatizar la dimensión colectiva del bien jurídico y, en el caso de la provocación, entendía que el mismo se debiera orientar hacia el castigo de aquellas conductas idóneas para alterar la convivencia pacífica entre grupos sociales. Siendo el bien jurídico protegido la «seguridad existencial» de tales grupos. Sin embargo, con respecto al delito del art. 607.2 Cp., el autor concluye negando «su idoneidad según un juicio impersonal *ex ante* de pronóstico para producir un peligro respecto de la existencia de determinados grupos»¹²⁰⁸. De forma que a su juicio no habría «“posible” conmoción entre las conductas descritas en el tipo y el objeto de tutela del genocidio, por lo que no podemos sino concluir que el artículo 607.2^o CP constituye una prohibición ético-social reforzada ilegítimamente por la sanción penal»¹²⁰⁹.

¹²⁰⁵ *Íbidem*, – cursivas más-.

¹²⁰⁶ *Íbidem*.

¹²⁰⁷ De este autor *cfr.*, en particular, J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp 704 y ss. y «Incitación al odio...», *op. cit.*, *in toto*. *Vid. supra* epígrafe 3.2 en este Cap.

¹²⁰⁸ J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 710.

¹²⁰⁹ *Íbidem*. En su monografía previa, *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 173, trataba de forzar una interpretación de *lege lata* a este precepto proponiendo: «una interpretación en términos básicamente similares a la del artículo 510 que requeriría para poder dar lugar a la aplicación de este precepto de un determinado clima social – contexto de crisis- en el que hubiera grupos especialmente debilitados y fácilmente identificables susceptibles, por tanto, de ser objeto de agresión a gran escala por otros sectores de la población con demostrada capacidad y

En sentido similar CUERDA ARNAU concluye que «tales planteamientos sólo son admisibles si lo que se pretende con ellos es dar respuesta a la pregunta acerca de la “*voluntas legislatoris*” e, incluso, a la finalidad de la norma, pero resultan insuficientes para dotarla de un contenido de injusto constitucionalmente satisfactorio»¹²¹⁰. Y es que, como ocurría con el art. 510 Cp., por más que se trate de revestir el delito al final su construcción típica aboca a un «delito de clima» en el que, con independencia del nombre que se le quiera dar, lo que se está tutelando es, como mucho, bienes como el «orden público» o la «paz pública». Incluso el intento de LAURENZO COPELLO de reconocer el bien jurídico en la tutela del derecho de no discriminación, termina por afirmar que se trata de un delito que castiga «conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad»¹²¹¹. Problemática que no se resuelve, incluso se agrava, cuando lo que se intenta es, ante la indeterminación del bien jurídico, afirmar un batiburrillo pluriofensivo¹²¹², que más que aclarar el contorno del contenido injusto de este delito lo emborrona. Es por ello que no convence ninguno de los intentos doctrinales que han tratado de fundar el reproche penal de estas conductas en la peligrosidad abstracta de las mismas.

Por último conviene tratar de centrar la posición del art. 607.2 Cp. en relación con otras figuras afines. Así las cosas, si se mantiene el enfoque de que el art. 607.2 Cp. y el art. 510 Cp. compartirían como bien jurídico la tutela de la igualdad y del derecho de no discriminación, al modo presentado por LAURENZO COPELLO, podría plantearse una suerte de concurso (aparente) de leyes –o de normas-, ya que se trata de delitos con un mismo bien jurídico y con el mismo sentido de tutela aunque en diferente grado. Más lejos quedaría sin embargo el art. 615 Cp., al cual habría que atribuirle un bien jurídico distinto (aquel propio de la legislación de prevención del genocidio y no de la legislación antidiscriminación). Sin embargo, según la lectura de LANDA GOROSTIZA, los tres preceptos compartirían

disposición a proceder ante este tipo de incitaciones a ataques indiscriminados, a la “cacería humana”, en un ambiente próximo al enfrentamiento civil (“antesala del holocausto”). Que un tal contexto se dé actualmente en la sociedad española y, menos aún respecto del grupo judío, es tan ajeno a la realidad como ajena a la práctica forense debería haberse mantenido la figura del artículo 607-2 CP».

¹²¹⁰ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1142.

¹²¹¹ P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 263.

¹²¹² Es el caso, por ejemplo, de A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 10, 2007, p. 182, para quienes este delito «[p]ersigue dañar una variedad de bienes jurídicos que van desde el orden público en cuanto que directa o indirectamente incita al orden racial, al honor de las víctimas humilladas en su dolor pasando por la memoria y respeto debidos a los muertos, los que allí fueron asesinados y los que, sobrevivientes, fallecieron con posterioridad».

unas mismas finalidades de tutela¹²¹³. Así entendido, los tres preceptos podrían entonces escalonarse. A juicio de CUERDA ARNAU resulta un error «la estimación conjunta del tipo que nos ocupa y el artículo 510», y añade que «[l]o procedente es apreciar un concurso de normas, y, puesto que las mismas se encuentran en relación de subsidiariedad o consunción relativas o impropias, resolverlo a favor del artículo 510 («ex» art. 8, núm. 4)»¹²¹⁴. Sobre esta cuestión se volverá a continuación a la luz de la jurisprudencia recaída sobre estos preceptos.

4.2.4. Un primer enjuiciamiento constitucional del delito: Excesivo adelantamiento de la barrera penal y deficitaria legitimidad constitucional del bien jurídico fundante de la norma penal como límite a la libertad de expresión

Como conclusión puede destacarse cómo la mayoría de la doctrina parece compartir que el legislador se había excedido en el adelantamiento de la barrera punitiva al configurar esta figura de apología impropia, por lo que ha apostado por su declaración de inconstitucionalidad, o, cuanto menos, por la oportunidad de su abrogación¹²¹⁵. Si se había entendido como un logro la limitación del concepto de

¹²¹³ Cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 700 y ÍD., «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 341. La interpretación que hace de los art. 510 y 607.2, como «antesala del Holocausto», en mi opinión permite ponerlos en relación también con el art. 615 Cp., con grados diferentes de adelantamiento de la barrera de tutela penal. En los tres preceptos se estaría a la postre tutelando la «seguridad existencial» de los grupos sociales. Con respecto a la relación entre el art. 510 y el 607.2 Cp., señala el autor que habría una relación de género a especie, de tal manera que, siguiendo un símil de pesca, «el art. 607.2 es un tipo de retel con un agujero de red ad hoc que detecta y separa una clase particular de discurso del odio revisionista, más conocido y reconocible en términos sociales y por ello con una presunción (*iuris tantum*) más fuerte de daño social» («Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 338), debiéndose aplicar así las reglas del concurso de leyes en unos casos de especialidad y en los casos más graves de alternatividad.

¹²¹⁴ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1137.

¹²¹⁵ Cfr. M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1164, cuya tesis inicial es tratar de demostrar la inconstitucionalidad del precepto. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 714, que concluye que «[l]a llamada “mentira de Auschwitz” es una figura ajena a nuestra realidad social que entraña una grave irregularidad como prohibición ético-social y que, por ello, debería derogarse o declararse inconstitucional». Del mismo autor, vif. *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 258. También P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 264, concluye que, a pesar de la interpretación restrictiva del art. 607.2, «no lo convierten en un precepto adecuado a los principios rectores del Derecho Penal [...]. Y todo ello a costa de una profunda –y, en mi opinión, injustificada– limitación de los derechos fundamentales de opinión y expresión». Como expresa B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2273, «se trata de un precepto ilegítimo en el marco de nuestro ordenamiento constitucional que debería ser derogado o declarado inconstitucional»; y añade: «[s]e trata, pues, de un lapsus del legislador que debe ser solucionado cuanto antes». J. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El delito de genocidio», *op. cit.*, p. 22, considera que habría «dudas más que razonables sobre la compatibilidad del apartado con el ámbito de la intervención

apología como forma de provocación directa, a pesar de sus defectos legislativos; con este precepto, como se ha señalado, el legislador volvía a caer en la tentación de resucitar ese «fantasma que recorre la democracia»¹²¹⁶. Se reproducen aquí las peores sombras de esta forma delictiva. En primer lugar, porque sólo retorciendo el tenor de la norma se llega a poder configurarla siquiera como una apología entendida como forma de provocación indirecta, algo que ya de por sí puede criticarse desde el punto de vista del principio de legalidad y taxatividad que debe presidir la formulación de los tipos penales.

penal fijadas por el Código, con el ejercicio de la libertad de expresión, y por tanto sobre la constitucionalidad». En M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, op. cit., p. 971, se estima este precepto «inadmisible, por incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión». En G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 2149, se entiende que la creación de un delito de opinión de este tipo no puede ser amparada, ya que «[c]on este nuevo delito lo que se castiga es la mera difusión de ideas o doctrinas, lo cual no es sino la criminalización de una ideología, lo cual, por muy nefasta que la misma resulte, no constituye una actitud propia de un Estado democrático». Para L. RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), *Código penal...*, op. cit., p. 1781, «la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión». Asimismo, sostienen la inconstitucionalidad del precepto, G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., p. 1422; G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 1820, J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», op. cit., p. 784; J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión...», op. cit.; C. LAMARCA PÉREZ, «Apología: Un residuo de incriminación...», op. cit., p. 6/14; G. BENLLOCH PETT, «El Derecho penal ante el conflicto político...», op. cit., p. 190. Para J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, «Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas», en *Las libertades de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 82, este precepto sólo sería admisible constitucionalmente «cuando las conductas que describen hicieran peligrar al sistema mismo: sólo a través de los cauces constitucionales de suspensión de derechos y libertades (art. 55 CE)». Con una posición intermedia, que por un lado critica la huida hacia el Derecho penal que termina por atribuirle unas «facultades *taumatúrgicas* de las que carece», pero sin afirmar de plano la constitucionalidad del precepto, J. GÓMEZ NAVAJAS, «Apología del genocidio...», op. cit., p. 1848.

Considera adecuada la tipificación realizada por el art. 607.2, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La apología delictiva», op. cit., p. 763, a cuyo juicio «[n]ada hay que oponer a dicha tipificación, exigida hasta cierto punto por nuestros compromisos internacionales, pero a nadie se le oculta que la inclinación al genocidio no es precisamente una cuestión que en la sociedad española presente un peligro real». Tan de acuerdo está con la legitimidad de este tipo penal que no comprende por qué no se ha tipificado de la misma forma la apología del terrorismo: «El angelismo es malo, pero aún es peor cerrar los ojos a la realidad y no agotar las posibilidades legales cuando las víctimas del terrorismo se acercan al millar» (*ibidem*, p. 763). También se muestran a favor de este delito, A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto...», op. cit., *passim*, y A. H. CATALÁ I BAS, *La libertad de expresión...*, op. cit., *passim*; y M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo...», op. cit., p. 107.

¹²¹⁶ T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, op. cit., p. 814 y ÍD., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», op. cit., apartado II.1.

En segundo lugar, porque, incluso admitiendo que se trate de una figura apologética, su fundamentación no es la de un acto preparatorio de otros delitos, sino que, como se ha visto, se trata de un delito autónomo en el que la indeterminación del «resultado lesivo temido» –el «clima» que se pretende evitar– aboca a tener que asumir bienes difícilmente aprehensibles como la «paz pública», o derivados tales como la «seguridad existencial» de los grupos, ello a través de un juicio de peligrosidad abstracta o como mucho hipotética. Así las cosas, comparto con CUERDA ARNAU que «conceptos tan ambiguos y difusos como el “orden público”, la “paz pública o la “seguridad y confianza colectiva” son incapaces de suministrar a la apología un fundamento razonable»¹²¹⁷. Se puede plantear la legitimidad de castigar formas «encubiertas» o «indirectas» de provocación siempre que estuvieran dirigidas y tuvieran idoneidad suficiente para hacer nacer en otros la resolución delictiva. Pero no es el caso; no es sólo que se castiguen conductas que no suponen siquiera una provocación directa, sino que además se hace a través de un tipo de peligro abstracto o hipotético, no concreto –lo cual ya supone otro adelanto de la barrera punitiva–, y en tutela de bienes colectivos difusos. Interpretación que no puede ser superada ni siquiera con los intentos de relectura del bien jurídico en sentido personalista¹²¹⁸, siempre que el «resultado lesivo temido» sea una suerte de clima de hostilidad. Desde antiguo, «[l]a apología de delitos como delito autónomo que protege un clima o ambiente o la “paz pública” o el “orden público” ha venido siendo objeto de crítica por parte de la doctrina»¹²¹⁹; que es en definitiva lo que resucita este delito del art. 607.2 Cp..

Para justificar un adelanto tal de la barrera punitiva se utiliza el reclamo del «genocidio», como también en otras ocasiones del «terrorismo», «dos conceptos que, en abstracto, tienen un gigantesco poder retórico y un contenido tendencialmente ilimitado que, en concreto, puede diluirse con cierta facilidad»¹²²⁰. No nos podemos dejar seducir por el atractivo de proteger a la

¹²¹⁷ M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1141. A este respecto las críticas ya expuestas, *vid. supra* epígrafe 3.1 en este Cap.

¹²¹⁸ Como expresa FEIJOO SÁNCHEZ, «[s]i la difusión de ideas o doctrinas afecta a otros derechos como el honor (como derechos derivados de la idea de dignidad), la conducta cobrará relevancia típica por estas razones, pero ello no justifica su tipificación autónoma y especial más vinculada a la idea difusa de “orden público” o de la “paz pública” o de defensa de las ideas constitucionalmente correctas» («Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272). En sentido similar, G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 1423, manifiesta que «[s]i la difusión de ideas o doctrinas afecta a otros derechos como el honor (como derechos derivados de la idea de dignidad), la conducta cobrará relevancia típica por estas razones, pero ello no justifica su tipificación autónoma».

¹²¹⁹ B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272.

¹²²⁰ J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», *op. cit.*, p. 791. Este autor advierte también que «con el genocidio, término que nos remite a gravísimas violaciones de

sociedad de tan graves lacras justificando sobre su base adelantos punitivos y límites a nuestras libertades que de otra forma entenderíamos como inadmisibles. Si no se admite la provocación indirecta al homicidio, por ejemplo, que se trata de un bien mucho más definido y de primer nivel -la vida humana-, ¿por qué hacerlo para evitar la generación de un genérico «clima criminógeno» que sólo lejanamente lesionaría bienes como la vida de las personas?¹²²¹. Aún más, ¿es «razonable» presentar como «peligrosas» conductas como las descritas por el tipo en la sociedad española actual? Se dice que el fenómeno del racismo está creciendo en las sociedades europeas, ¿pero tanto como para justificar un adelantamiento de las barreras punitivas esta magnitud y fundar un peligro abstracto por la mera conducta de difusión de estas ideas?

Y, por supuesto, lo que supone un auténtico dislate es sancionar además los actos preparatorios de este delito: si sumamos que, por un lado, ya supone un adelanto de la barrera punitiva todo delito de peligro, y aún más de peligro abstracto; que, por otro lado, supone un nuevo adelanto el castigo de los actos preparatorios; y, por último, añadimos que se trata de delitos que sancionan la expresión de ideas, en los que «la lesión al bien jurídico, cualquiera que sea, no se produce sino a partir de la difusión del contenido del pensamiento, lo que obliga a situar el límite de la punibilidad en el principio de ejecución»¹²²²; con la aplicación del art. 615 Cp. al 607.2 Cp., se logra un triple salto mortal¹²²³.

derechos humanos y a contextos históricos terribles pero que -de nuevo- si examinamos el art. 607.1 CP podemos darnos cuenta de que incluye conductas de muy distinta gravedad y de que, en realidad, gravita sobre el elemento subjetivo “con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” y no en la existencia, en modo alguno, de una situación de genocidio *in progress*, por así decirlo» (*ibidem*, p. 790).

¹²²¹En este sentido indica RAMOS VÁZQUEZ la «paradoja valorativa» que supone admitir tales formas de provocación indirecta para el genocidio y el terrorismo, de forma que «nos encontramos con que la justificación de unos daños *terroristas* sería punible en cuanto que provocación indirecta, cuando la provocación indirecta a un *simple* homicidio es, como sabemos, impune» («Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», *op. cit.*, p. 791).

¹²²²M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1137, siguiendo en este punto a VIVES ANTÓN.

¹²²³Como se expresa D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, *op. cit.*, p. 82: «si ya el propio art. 607.2 plantea problemas en cuanto a su adecuación a los principios constitucionales y a los limitadores del *ius puniendi*, problemas a los que no escapa tampoco, según algunas opiniones, el castigo de la conspiración, proposición y provocación para ciertos delitos, la combinación de ambas figuras, que supondría un enorme adelanto de las barreras de punición, los vulneraría claramente; el peligro para bienes jurídicos importantes (si lo hay) sería tan remoto que en ningún caso justificaría la intervención del Derecho penal». Para J. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El delito de genocidio», *op. cit.*, p. 21, se trata de «un dislate difícilmente explicable». De igual forma lo califica M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 972. *Cfr.* también S. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios...*, *op. cit.*, en particular p. 151 donde expone la dudosa o nula legitimación del

Pero, en último lugar y no por ello menos importante, ¿admite una concepción personalista de la libertad de expresión la erección frente a la misma de bienes jurídico supraindividuales como la «paz pública» o sus distintos derivados? El Tribunal Constitucional en sus sentencias anteriores se ha visto cómo privaba de protección constitucional a discursos racistas pero en atención a que éstos se consideraban vejatorios o humillantes y con ello lesivos del honor de las personas, reforzado por la dignidad humana y el principio de igualdad y no discriminación. Es cierto que estos últimos tenían un fuerte carácter social, pero, al final, el eje argumentativo del Tribunal pivotaba sobre la concepción personalista del límite honor y de la dignidad humana, aunque ese mayor desvalor social de las conductas reforzara el que quedaran fuera de protección constitucional expresiones que, aunque no fueran formalmente injuriosas, sin embargo sí que tenían un contenido insultante o vejatorio. Cierto es también que el Tribunal Constitucional ha admitido otros límites de naturaleza similar a la «paz pública» como ha sido el caso del límite implícito de la «moral pública». Por ahora, nótese simplemente la «desviación» que supone este tipo de bienes jurídicos como fundamento de límites a la libertad de expresión en un modelo personalista. Es así el momento de pasar a ver lo que respondió el Tribunal Constitucional en su juicio sobre este delito.

5. La respuesta del Tribunal Constitucional: STC 235/2007, caso Varela

5.1. El caso Varela en los órganos de instancia (antes de la sentencia constitucional)

El primer caso en España en el que se planteó la aplicación del art. 607.2 Cp. fue el caso Varela, también conocido como «Librería Europa I». El Sr. Pedro VARELA era el titular y director de esta librería de Barcelona especializada en la venta de libros sobre la Segunda Guerra Mundial con contenido revisionista y negacionista del Holocausto y favorables al nazismo¹²²⁴. Contra el mismo se abrió un proceso

castigo de los actos preparatorios de delitos de peligro abstracto por generar una doble anticipación de la barrera de punición.

¹²²⁴ Según los hechos probados, que se asumirán para todo el proceso tal y como habían sido fijados por el Juzgado de Barcelona, la librería Europa se habría dedicado «de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la

penal por los delitos del art. 607.2 y del 510 Cp., el cual desembocó en la cuestión de inconstitucionalidad que daría lugar a la STC 235/2007 en la que el Constitucional español juzgó la legitimidad constitucional del delito de negacionismo. Antes de llegar a ella conviene explorar, aunque sea someramente, la aplicación por los órganos de instancia de estos delitos y los argumentos que fundaron la cuestión de inconstitucionalidad.

El proceso penal se inició ante el Juzgado de lo Penal n. 3 de Barcelona contra el mencionado librero por los hechos ya expuestos. En sentencia de 16 de noviembre de 1998 vino condenado como responsable, por un lado, de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 Cp., por el cual se le impuso una pena de dos años de prisión y, por otro lado, por un delito continuado de provocación a la discriminación y al odio racial y a la violencia según el art. 510.1 Cp., con pena de tres años de prisión y multa¹²²⁵.

En apelación conoció del asunto la Audiencia Provincial de Barcelona que, tras un primer intento fallido de presentar la cuestión de inconstitucionalidad por motivos formales¹²²⁶, finalmente elevó la misma (y fue admitida) en su Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000. Las dudas de constitucionalidad que presentaba la Audiencia de Barcelona se ceñían al art. 607.2 Cp., dejando fuera de consideración el art. 510 Cp. por el cual también había sido condenado el Sr. VARELA. Tras presentar el amplio abanico punitivo que

comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la Segunda Guerra Mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como “a las ratas”. Además se tenía en cuenta que «[e]l público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia, como método de resolución de conflictos» (Cfr. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000, Antecedentes de Hecho, 1º).

¹²²⁵ La sentencia no deslinda adecuadamente los delitos del 607.2 y del 510.1 Cp., como prueba el hecho de que estime un concurso real entre los mismos, algo en buena medida derivado de la defectuosa identificación de los bienes jurídicos y del sentido de tutela propio de cada uno de ellos. A este respecto, el Juzgado sí que se posicionaba entendiendo que nos encontramos ante figuras autónomas configuradas como delitos de peligro abstracto, configuradas en realidad como «delitos de clima». También resulta cuestionable que hubiera entendido de aplicación la «continuidad delictiva» en ambos casos. Para un comentario más exhaustivo de esta sentencia, cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*

¹²²⁶ La Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 9 de junio de 1999 dictó un primer auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, el cual fue inadmitido a trámite por ATC 24/2000, de 18 de enero, por no ser el momento procesal adecuado para la elevación de la cuestión ya que el procedimiento judicial no había culminado.

concurría para sancionar conductas discriminatorias¹²²⁷, el núcleo de las dudas de inconstitucionalidad de la Audiencia se concretaron en dos aspectos. En primer lugar, la Audiencia entendía que, a pesar de los intentos doctrinales que han pretendido dar un contenido al injusto de este delito, bien fuera considerando el mismo como una forma de apología autónoma o bien por entender que el contenido difundido resulta vejatorio, sin embargo el tenor literal de la norma no exige ni la incitación ni el enaltecimiento del genocidio¹²²⁸. De manera que «[l]a exigencia de los requisitos configuradores de la provocación y la apología, nos llevaría a una interpretación extensiva del tipo penal contraria al principio de legalidad»¹²²⁹. Por lo que, a juicio de la Audiencia, no quedaría otra opción que interpretar que con el artículo 607.2º lo que se castigaría es «la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los genocidios, entendidos como el asesinato, el exterminio o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; o bien de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones, que en el pasado ampararon tales prácticas genocidas»¹²³⁰. Sería la mera difusión de tales ideas la que recibiría el «reproche penal».

En segundo lugar, así definida la conducta, la Audiencia consideraba que el tipo penal no tendría un bien jurídico de entidad suficiente para justificar la intervención penal, ante una conducta que además vendría a suponer un ejercicio de la libertad de expresión. Reconocía la Audiencia que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dos serían los posibles bienes jurídicos¹²³¹ que podrían hacer ceder a la libertad de expresión: por un lado, «el menosprecio a la dignidad de las personas», y, por otro, «la puesta en peligro de la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos, por la realización de actos discriminatorios contra las minorías»¹²³². Ninguno de estos tipos de injusto comparecerían, a juicio de la

¹²²⁷ Indicaba la Audiencia de Barcelona que, por un lado, los artículos 208 y 209 Cp. permitirían la sanción de aquellas conductas que resultaran injuriosas; el art. 510 Cp., recogería la sanción de actos de provocación racista y un tipo autónomo de injuria racista; los arts. 515.5º y 519 Cp., consideran ilícitas las asociaciones racistas y los actos preparatorios para cometer el delito de asociaciones ilícitas; y el art. 615 Cp. que castiga los actos preparatorios del delito de genocidio (FJ. 3º).

¹²²⁸ En concreto afirmaba: «El art. 607 apartado 2º no contiene una conducta, que pueda encuadrarse dentro de la provocación ni dentro de la apología. La definición del tipo legal, que debe interpretarse de forma restrictiva para respetar el principio de legalidad, no exige la incitación a la comisión de delito, ni que las ideas que se difunden ensalcen el genocidio o enaltezcan a los genocidas» (AAP de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000, FJ. 4º).

¹²²⁹ AAP de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000, FJ. 4º.

¹²³⁰ AAP de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000, FJ. 4º.

¹²³¹ Aunque la Audiencia Provincial se refería únicamente al bien jurídico, en realidad lo que estaba definiendo integra también el contenido injusto de la norma, es decir, el bien jurídico y el contenido ofensivo.

¹²³² AAP de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000, FJ. 5º.

Audiencia, en el 607.2º, que, como había afirmado previamente, «está sancionando la difusión de ideas y doctrinas, sin que se exija ningún otro elemento, como la incitación a la realización de conductas, que supongan vulneración de los derechos fundamentales de las personas, o bien que tales doctrinas llevan aparejadas expresiones o manifestaciones que atentan contra la dignidad de las personas»¹²³³. De tal suerte que en este delito «el bien jurídico protegido resulta muy difuso»¹²³⁴ y, descartados los tipos de injusto ya sancionados en otros preceptos, «lo único que nos queda es la creación de un cierto clima favorecedor de conductas discriminatorias»¹²³⁵. Algo que, en opinión de la Audiencia, «no obedece a un bien jurídico que sea digno de protección, en el ámbito del derecho penal, cuando además, supone una limitación al derecho a la libertad de expresión»¹²³⁶. De manera que elevaba la cuestión de constitucionalidad.

En síntesis, la Audiencia no encontraba posibilidad de dotar de un ámbito punitivo propio al art. 607.2 Cp. compatible con el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión, sin «enriquecer» el tenor literal del precepto quebrando el principio de legalidad y sin solaparse con el ámbito punitivo de otros preceptos¹²³⁷. El único tipo de injusto posible, como ha señalado la mayoría de la doctrina, sería el de una suerte de «delito de clima» favorecedor de conductas discriminatorias, algo demasiado difuso a juicio de la Audiencia para configurar un bien jurídico-penal y menos aún para limitar la libertad de expresión. No siendo posible una interpretación constitucionalizada del precepto, elevar la cuestión de constitucionalidad era obligado. La pelota pasaba entonces al tejado del Tribunal Constitucional.

Por mi parte entiendo que la decisión de la Audiencia resultó oportuna, vistas las serias dudas de constitucionalidad y ante la imposibilidad de dotar al precepto de una interpretación correctora constitucionalmente -en consonancia con las dudas que había planteado la mayoría de la doctrina-. Además creo que la Audiencia recurrió a una fundada argumentación¹²³⁸, que tocaba los dos

¹²³³ *Íbidem.*

¹²³⁴ *Íbidem.*

¹²³⁵ *Íbidem.*

¹²³⁶ *Íbidem.*

¹²³⁷ Considera MARTÍNEZ SOSPEDRA que «[l]a Sala no afirma que el precepto cuestionado sea superfluo, entre otras cosas, porque ese no sería un argumento aceptable en orden a afirmar la ilegitimidad constitucional del mismo, pero dicha afirmación se desprende claramente de la lógica de su discurso» («Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, p. 108). Por mi parte entiendo que la Audiencia al esbozar el amplio espectro punitivo ya cubierto con otros delitos no es que pretendiera justificar la inconstitucionalidad del precepto por su carácter superfluo, sino que lo que trataba era simplemente de buscar para el art. 607.2º un ámbito punitivo propio.

¹²³⁸ En contra, *cf.* M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, pp. 111 ss.; quien critica el auto al considerar que la Sala «sin aportar el más mínimo argumento para

principales aspectos críticos del tipo penal: imposibilidad de romper el principio de legalidad enriqueciendo un precepto que sanciona la mera difusión de ciertas ideas e ilegitimidad constitucional de un tipo de injusto que se sustenta sobre la mera protección de un «clima de hostilidad» cuando esté en juego la libertad de expresión.

5.2. Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional y sus votos particulares

Cara a afrontar el comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional por la que resuelve las dudas de constitucionalidad del delito de negacionismo del 607.2 Cp., se irá siguiendo el hilo argumental mantenido por el propio Tribunal para proceder a continuación a un análisis crítico de la misma. Los antecedentes de hecho se dan por presentados en los apartados anteriores, por lo que se entra de lleno en la fundamentación jurídica. Los comentarios doctrinales se dejarán mayoritariamente para ilustrar la valoración crítica de cierre¹²³⁹.

sostener que la difusión de ideas y opiniones, en cuanto tales, nunca pone en riesgo clase alguna de bien jurídico y que, en consecuencia, su sanción penal carece de justificación» (*ibidem*, p. 111). A juicio de este autor la decisión de la Sala se habría sustentado en un doble motivo: uno instrumental, que «sólo es susceptible de sanción aquella o aquellas conductas que supongan o impliquen una actividad práctica sobre la base de la cual pueda procederse a un juicio contrastable de peligrosidad»; y otro sustantivo, «las ideas no delinquen» (*ibidem*). A resultas de lo cual la posición de la Sala se habría sustentado en que «[e]s necesario para proceder a la sanción penal que la acción sancionada resulte peligrosa, aunque sea en abstracto, para el bien jurídico que se pretende proteger, y, claro, a juicio de la Sala tal requisito no concurre en el caso de la mera difusión de “ideas o doctrinas”» (*ibidem*, p. 112). Una tesis que, según este autor, viene afirmada «de forma apodíctica» (*ibidem*). Y concluye advirtiendo que el auto «adolece de una triple y seria deficiencia: Desconoce, y con ello no discute, la jurisprudencia constitucional española, hace caso omiso del mandato hermenéutico del art. 10.2 de la Constitución española y prescinde completamente de la contemplación de los documentos internacionales en la materia» (*ibidem*, p. 113).

Para A. SANZ PÉREZ, «Libertad de expresión y la negación de los crímenes contra la Humanidad: La negación de los límites. Comentario a la STC 235/2007», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. III, 2007, p. 2447, «[e]n una primera lectura, extraña el contenido del Auto de planteamiento de la inconstitucionalidad, pues objeta la validez de la norma cuestionada por no adaptarse al esquema sistemático común extraído del examen de los preceptos impugnados, con el resto de normas que integran el Código penal».

¹²³⁹ Como comentarios a esta sentencia, *cfr.* J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 80, 2008, pp. 233-255; J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, pp. 278 y ss.; A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión...», *op. cit., in toto*; J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, pp. 65 y ss.; y ÍD., «La negación de un genocidio...», *op. cit., in toto*; P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado. Al hilo de la STC 235/2007, de 7 de noviembre», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. III, 2007, pp. 2453-2472; J. M. DE

Como cuestión previa señalar que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad se centró exclusivamente en el inciso referido a la «difusión de ideas y doctrinas que nieguen o justifiquen» el genocidio, quedando fuera de consideración aquellas que «pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos» (FJ. 2º).

5.2.1. España no es una democracia militante pero la libertad de expresión puede tener límites derivados de la efectiva lesión a un bien jurídico constitucional (FJ. 4º)

El Tribunal Constitucional comenzaba recordando el particular valor que desde su primera jurisprudencia ha reconocido a las libertades de expresión y de información para el mantenimiento de una «comunicación pública libre» y la doble naturaleza que a éstas les corresponde como libertades individuales básicas pero también como «elementos conformadores de nuestro sistema político democrático». Del mismo modo, el Tribunal reiteraba que la libertad de expresión comprendería la libertad de crítica, incluso aquella «desabrida» y que pueda «molestar, inquietar o disgustar», porque así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática». A resguardo de ella, advertía el Tribunal, cabe cualquier opinión, «por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático» o lo nieguen¹²⁴⁰.

Pero iba más allá. El Tribunal afirmaba entonces que «[p]or circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la

LA ROSA CORTINA, «Negacionismo y revisionismo...», *op. cit., in toto*; G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo...», *op. cit., in toto*; A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto...», *op. cit., in toto*; A. SANZ PÉREZ, «Libertad de expresión y la negación...», *op. cit., in toto*; M. L. SUÁREZ ESPINO, «Comentario a la STC 235/2007, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», *Revista para el análisis del Derecho*, abril-2008; J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión...», *op. cit., in toto*; C. CARUSO, «Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo», *Forum di Quaderni Costituzionali* [en línea], 3 de abril de 2008; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; P. SALVADOR CORDECH y A. RUBÍ PUIG, «Genocide denial and freedom of speech. Comments on the Spanish constitutional court's judgement 235/2007, novembre 7th», *Review of the analysis of the Law*, octubre 2008. Disponible en: http://www.indret.com/ca/dret_privat/16/?&sa=1&fc=347&sn=192; y O. PÉREZ DE LA FUENTE, «Sobre el Holocausto: El imperativo de la memoria en el ámbito del derecho y de la historia», *AFDUDC*, n. 14, 2010, pp. pp. 99 y ss.

¹²⁴⁰ Con la posición del Tribunal Constitucional a este respecto se muestran muy críticos los magistrados RODRÍGUEZ ARRIBAS y RODRÍGUEZ-ZAPATA en sus votos particulares, como será estudiado a continuación

más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no puede limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno- *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 particular, a la Constitución» -cursivas más-. Esta afirmación en realidad tampoco era nueva, sino que ya había sido mantenida anteriormente¹²⁴¹.

Continuaba entonces señalando que el carácter abierto del ordenamiento se proyecta particularmente sobre las libertades ideológicas, de participación y de las libertades de expresión e información, «pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre *actividades contrarias a la Constitución*, huérfanas de su protección, y *la mera difusión de ideas e ideologías*. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas» -cursivas más-. Esta distinción, a mi juicio algo confusa, era aclarada por el propio Tribunal inmediatamente después: «el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido *por el hecho* de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución [...] *a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional*» -cursivas más-. Como sostendré a continuación, creo que aquí es donde se concentra el núcleo que permite identificar claramente el significado y las consecuencias de interpretar un ordenamiento constitucional como abierto.

Pues bien, aplicando su argumentación al caso, el Tribunal reconocía que las expresiones difundidas en el asunto «resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada»; pero la cuestión estaría entonces en si, más allá de tal carácter «repulsivo», podían ser consideradas «ofensivas» en sentido jurídico por afectar a un bien o valor constitucional. Porque, como el Tribunal había sostenido, una cosa es que ciertas opiniones «repelen» a cualquier sociedad democrática, e incluso socialmente se puede considerar que no son dignas de respeto, pero cuestión distinta es que de ello se pueda derivar de manera necesaria que deban ser sancionadas¹²⁴².

¹²⁴¹ En la sentencia cita la STC 48/2003, de 12 de marzo; aunque ya antes había incidido en el punto. *Vid. supra* epígrafe 1.3 en este Cap.

¹²⁴² En palabras del Tribunal: «Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de convivencia” a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda

El Constitucional terminaba este fundamento jurídico recordando que, tal y como había afirmado en sentencias previas, 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)». Una línea jurisprudencial que entendía conforme a la mantenida por el TEDH el cual, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, también habría señalado que la «búsqueda de la verdad histórica forma parte de la libertad de expresión», por lo que no le correspondería arbitrar en la cuestión histórica de fondo¹²⁴³. Sin entrar ahora a la «coincidencia» con la doctrina del TEDH, que se abordará en el siguiente apartado, hacer notar que esta afirmación del Tribunal tiene como valor el incluir dentro del ámbito *prima facie* de protección de la libertad de expresión al discurso negacionista, pero con ello no le da una patente de curso absoluta, sino que queda sometido a la posibilidad de que se traspasen los límites a su ejercicio.

5.2.2. El «discurso del odio» como límite a la libertad de expresión y la «pretendida» coincidencia («en lo esencial») con la doctrina del TEDH (FJ. 5º)

El Tribunal Constitucional procedía entonces a revisar los límites a la libertad de expresión en un juicio previo de índole constitucional, es decir, definiendo en abstracto aquellos bienes jurídicos y las pautas o reglas que sirven a determinar el ámbito de lo constitucionalmente protegido. Su eje argumentativo en este punto se podría dividir en tres grandes bloques: a) recordaba su doctrina en referencia a algunos de los límites en concreto a la libertad de expresión; b) esbozaba la jurisprudencia del TEDH en referencia al discurso del odio y a la aplicación del art. 17 CEDH; c) volvía a incidir en el límite a la libertad de expresión ante manifestaciones racistas según el ordenamiento español.

conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos».

¹²⁴³ Cita a este respecto las STEDH, de 29 de junio de 2004, Chauvy y otros c. Francia, y de 21 de septiembre de 2006, Monnat c. Suiza.

En primer lugar, el Tribunal, al reconocer que la libertad de expresión no es absoluta, indicaba varios conflictos típicos: primero, no quedarán protegidas las expresiones «ultrajantes u ofensivas» que resulten innecesarias¹²⁴⁴. Es el canon que tradicionalmente había mantenido para deslindar la libertad de expresión y el derecho al honor. Segundo, como un subtipo del mismo, cuando se trate de expresiones racistas o xenófobas, éstas no quedarán amparadas si se expresan «con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar»¹²⁴⁵. Ante el discurso racista el Tribunal recordaba que está en juego no ya sólo el honor, sino también el valor de la igualdad y la dignidad humana, y desplazaba la pauta definitoria del límite hasta un juicio sobre el «ánimo» de menospreciar o discriminar. En tercer lugar, en relación al terrorismo, las expresiones que supusieran una apología de los «verdugos», «glorificando su imagen y justificando sus hechos», podrían ser privadas de protección constitucional «cuando ello suponga una humillación de sus víctimas»¹²⁴⁶ (refiriendo esto más a la virtualidad objetivamente humillante que a un «ánimo» subjetivo). En este caso el bien jurídico que se contrapondría a la libertad de expresión lo situaba en la «dignidad humana». Por último, en cuanto al discurso negacionista del Holocausto, recordaba que el mismo excede el legítimo ejercicio de la libertad de expresión cuando venga acompañado de «juicios ofensivos» y suponga una «incitación racista»¹²⁴⁷.

Estos límites son los que entendía el Tribunal Constitucional que «coinciden en lo esencial» con los reconocidos por el TEDH. Así, señalaba que el TEDH habría fijado que la libertad de expresión no cubre el «discurso del odio», entendido éste como «una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular»¹²⁴⁸ -cursivas mías-. Aunque recogía una definición muy restringida ¹²⁴⁹ del «discurso del odio» como provocación directa a la violencia, sin embargo luego citaba otras sentencias en las que se refieren al mandato internacional de luchar contra «todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia»¹²⁵⁰. Aunque a la

¹²⁴⁴ El Tribunal mencionaba: SSTC 204/1997; 11/2000, FJ. 7º; 49/2001, FJ. 5º; 160/2003, FJ. 4º.

¹²⁴⁵ STC 214/1991, FJ. 8º.

¹²⁴⁶ STC 176/1995, FJ. 5º.

¹²⁴⁷ Cfr. SSTC 214/1991, FJ. 8º y 13/2001, FJ. 7º.

¹²⁴⁸ Cfr. STEDH de 8 de julio de 1999, caso Ergogdu & Ince c. Turquía.

¹²⁴⁹ A juicio de J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 331, «la definición que el TC da del discurso del odio es inexacta y confusa».

¹²⁵⁰ Recomendación núm. R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 20 de octubre de 1997, y en relación con las mismas las SSTEDH de 4 de diciembre de 2003, caso Gündüz c. Turquía, § 41 y de 6 de julio de 2006, caso Erbakan c. Turquía.

postre el Constitucional no entraba a indagar en más profundidad en la doctrina del TEDH y se quedaba en tales referencias genéricas.

Todavía más discutible es que la doctrina del TEDH en relación a la exclusión de protección constitucional del discurso negacionista al amparo del artículo 17 CEDH guardara ni siquiera una coincidencia básica con la línea mantenida por nuestro Tribunal Constitucional. Aunque, en realidad, no habría razón de ser para que mantuviera tal relación, porque, como el propio Tribunal reconocía, el art. 17 CEDH «no tienen parangón en nuestro ordenamiento constitucional». Así las cosas, el Tribunal Constitucional español presentaba la decisión del TEDH al caso Garaudy¹²⁵¹ y de los asuntos Lehideux e Isorni¹²⁵² y Chauvi¹²⁵³, así como otra jurisprudencia en relación con la cláusula del art. 17 CEDH¹²⁵⁴. Consideraba el Tribunal que esta jurisprudencia, por un lado, llevaba a distinguir entre «hechos históricamente establecidos», susceptibles de ser excluidos de protección por el art. 17 CEDH, de aquellos que todavía están abiertos al debate entre historiadores, amparados por la libertad de expresión. Entendía, además, que según el TEDH la cláusula del art. 17 CEDH exigiría para su aplicación no sólo verificar un daño, sino también el propósito de ampararse en estas libertades para atentar contra los derechos reconocidos por el Convenio. Terminaba reconociendo que, en cualquier caso, «el Convenio tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos». Una interpretación de la jurisprudencia del TEDH que, sin embargo, no se comparece con la dada en el presente estudio¹²⁵⁵.

Por último, el Tribunal Constitucional concluía sentando de nuevo las bases de los límites en el debate sobre el negacionismo, poniendo en relación su anterior jurisprudencia sobre el debate histórico con las sentencias referidas al discurso racista¹²⁵⁶. Consideraba el Tribunal que «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*» -cursivas mías-.

¹²⁵¹ Cfr. Decisión TEDH de 24 de junio de 2003, Garaudy c. Francia.

¹²⁵² STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux e Isorni c. Francia.

¹²⁵³ STEDH de 29 de junio de 2004, asunto Chauvy y otros c. Francia.

¹²⁵⁴ SSTEDH de 13 de febrero de 2003, Refah Partisi y otros c. Turquía y decisión de 17 de junio de 2004, Fdanoka c. Letonia.

¹²⁵⁵ Vid. *supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹²⁵⁶ En concreto toma como referencias, por un lado, su sentencia 13/2004, y, por otro, la STC 214/1991.

El fundamento de este límite lo situaba en el honor –citando su sentencia 214/1991-, pero, sobre todo, en la dignidad humana: «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 o 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 CE».

La posición del Tribunal parece quedar así meridianamente definida: *los discursos negacionistas estarán amparados siempre y cuando no se ponga de manifiesto que los mismos «pretenden» menospreciar o discriminar a personas o grupos sociales o inciten de forma directa a tales sentimientos.*

5.2.3. Indagando el sentido literal del art. 607.2 Cp. y el respeto al contenido esencial de la libertad (FJ. 6º)

Situadas las pautas que a nivel constitucional trazan la frontera entre el espacio de lo protegido y lo no amparado constitucionalmente, el Tribunal Constitucional pasaba entonces a comprobar si la «fijación» o «concretización» del límite realizada por el legislador en el art. 607.2 Cp. se había realizado adecuadamente.

A este respecto, el Constitucional presentaba el precepto dentro de su contexto normativo. Advertía que el art. 607.2 Cp. se incorporaría entre aquellos preceptos que vienen a dar cumplimiento «a los compromisos adquiridos por España en materia de persecución y prevención del genocidio»¹²⁵⁷. Dentro de este contexto situaba especialmente el art. 615 Cp. y el art. 510 Cp., así como la posibilidad genérica de aplicar los delitos contra el honor. En cuanto al art. 607.1 Cp., el Tribunal consideraba que «cierra el sistema específico de protección exigido por los instrumentos internacionales en la materia que vinculan a nuestro Estado», castigando diversas modalidades de comisión del genocidio y, en todo caso, exigiendo un «dolo específico» concretado en el propósito de destruir a un grupo social.

A partir de aquí, «complementariamente», el apartado 2º del art. 607 Cp. establecería, según el Constitucional, un «tipo penal independiente, en el que ya no se incluye dicho dolo específico y que castiga la difusión de determinadas ideas y

¹²⁵⁷ Se refería en concreto el Tribunal al art. 22 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y al art. 5 del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 1.1.

doctrinas»¹²⁵⁸. El Constitucional señalaba entonces que con independencia del objeto difundido, la incidencia sobre la libertad de expresión se produce en tanto que lo castigado es simplemente la «difusión» por cualquier medio, sin exigirse expresamente ningún otro elemento, por lo que «hay que considerar que en principio se trata de una *difusión en cierto modo “neutra”, con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar*» -cursivas mías-. Nuevamente el Tribunal sacaba a relucir la pauta de la «mera difusión», la difusión «neutra» de ideas o pensamientos. Ahora bien, téngase en cuenta que el Tribunal en realidad no estaba contraponiendo la «mera difusión» frente a «manifestaciones activizantes»; sino que se refería a «mera difusión» como aquella que no tiene una carga ofensiva.

Así las cosas, el Tribunal proseguía su argumentación enfatizando que las conductas descritas «consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución»; y que, «a primera vista», la literalidad del ilícito no exige cualificación ofensiva alguna¹²⁵⁹. De manera que, por más que se aceptara «el carácter especialmente odioso del genocidio»¹²⁶⁰, «la literalidad del precepto, en la medida en que *castiga la transmisión de ideas en sí misma 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 (art. 20.1) e incluso *eventualmente* por la libertad científica (art. 20.2.b) y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, FJ. 5º), constituye un límite infranqueable para el legislador penal» -cursivas mías-. Dos ideas a reseñar: por un lado, el Constitucional reiteraba que las conductas negacionistas entrarían, «eventualmente», dentro del ámbito de protección *prima facie* tanto de la libertad científica como de la libertad de conciencia y de la propia libertad de expresión; y, por otro, que el límite infranqueable que fijaba para el legislador penal es que no se puede castigar la transmisión de ideas «en sí misma considerada».

¹²⁵⁸ El Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA en su voto particular a la sentencia crítica que se independicen los tipos del art. 607.1 de los del art. 607.2 Cp., aunque no ofrece otra argumentación más allá de presentar ambos dentro del contexto de la prevención del genocidio.

¹²⁵⁹ Señalaba el Tribunal que el «ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas».

¹²⁶⁰ «[Q]ue constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano», apostillaba el Tribunal.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional recordaba que el legislador penal tiene vedado invadir el «contenido esencial» de los derechos fundamentales, que, en este caso, se identificaría en que «*nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político*» -cursivas mías-. Previamente había señalado que con esta norma «no estamos ante un supuesto de *limitación* de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la *delimitación* misma del derecho constitucional» -cursivas mías-. También advertía el Tribunal el riesgo del «factor de disuasión» que puede tener el Derecho penal sobre el ejercicio de la libertad de expresión¹²⁶¹. De esta manera, se ve cómo el contenido esencial de la libertad veda poder excluir de protección constitucional a expresiones *prima facie* amparadas por la libertad de expresión atendiendo exclusivamente a su contenido (ideológico), por más que repugne socialmente.

Correspondía explorar entonces si esa lectura que «aparentemente» ofrecía a primera vista el tenor literal del precepto y que invadía el contenido esencial de la libertad de expresión era susceptible de ser restringida por vía interpretativa. Es a partir de este punto cuando empieza a complicarse, por no decir a enrarecerse el eje argumentativo de la sentencia.

5.2.4. Explorando la vía interpretativa: principio de conservación de la Ley y la distinción semántica entre negación y justificación (FJ. 7º)

El Tribunal Constitucional, antes de proceder a buscar el contenido de injusto del delito, definía los propios límites de sus posibilidades interpretativas. El Tribunal recordaba que el «principio de conservación de la ley» exige que sólo pueda ser declarada la inconstitucionalidad de un precepto que «resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma»¹²⁶². Ahora bien, la interpretación conforme no puede llevar a que el Constitucional termine reconstruyendo una norma «contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional»¹²⁶³, ni legítima para «ignorar o

¹²⁶¹ Recogía a este respecto las SSTC 105/1990, FJ. 4º y 8º y 287/2000, FJ. 4º.

¹²⁶² *Cfr.* SSTC 111/1993, FJ. 8º; 24/2004, FJ. 6º; 131/2006, FJ. 2º. También recogía otra jurisprudencia según la cual es preciso «explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución» (SSTC 138/2005, FJ. 5º; 76/1996, FJ. 5º).

¹²⁶³ STC 11/1981, FJ. 4º.

desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos»¹²⁶⁴. Su conclusión era, por tanto, que no cabía realizar una interpretación *contra legem* que terminara por manipular o desfigurar los enunciados legales.

Fijadas tales premisas, el Tribunal pasaba a confrontar el texto cuestionado del art. 607.2 cp. con el contenido de la libertad de expresión, y a estos efectos comenzaba realizando un «análisis meramente semántico» del precepto. Así, en las conductas del primer inciso, distinguía entre la «negación» y la «justificación» del genocidio. Por «negación» entendía la «mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o que no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio». Incluía la negación tanto de la existencia del propio hecho como de su calificación jurídica. La «justificación», por su parte, «no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores».

5.2.5. Buscando un contenido ofensivo adecuado constitucionalmente (FJ. 7º y 8º)

A partir de aquí el Tribunal comenzaba una «tediosa» y un tanto «confusa» labor de búsqueda de un contenido de injusto para el precepto del art. 607.2 Cp. En primer lugar, el Tribunal identificaba dos tipos de injusto cuya sanción sería conforme a la Constitución, aunque al mismo tiempo reconocía que ninguno de ellos se adecuaba al precepto en cuestión.

El Tribunal señalaba que eran susceptibles de sanción penal aquellas expresiones que impliquen «necesariamente una *incitación directa a la violencia contra determinados grupos* o un *menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio*». Pero, a su vez, reconocía que este espacio punitivo ya venía cubierto por el delito de «apología del genocidio» previsto en el art. 615 Cp., de tal suerte que la menor pena impuesta para el art. 607.2 Cp. impediría apreciar que el legislador pretendiera introducir una pena más cualificada para estas conductas. *Ergo*, no podía considerarse al 607.2 Cp. norma especial con respecto al 615 Cp.

Planteaba por otro lado si sería posible incluir las conductas tipificadas por el art. 607.2 Cp. dentro de la modalidad del «discurso del odio» según las pautas del TEDH. Pero también en este caso descartó tal posibilidad, ya que la «mera negación del delito de genocidio» no podía considerarse como una «incitación directa a la violencia contra los ciudadanos». Como se ha dicho antes, en este punto

¹²⁶⁴ *Cfr.* SSTC 22/1985, FJ. 5º; 222/1992, FJ. 2º; y 341/1993.

cabría cuestionar la «limitada» definición que asumía del «discurso del odio» como «incitación directa».

A mayor abundamiento, el Tribunal enfatizaba que «la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica recogida en la letra b) del apartado 20.1 CE»; la cual, siguiendo su sentencia 43/2004, gozaría de una «protección acrecida».

De manera que hasta aquí el Tribunal fracasaba en el intento de encontrar un contenido de injusto a la conducta típica.

5.2.6. (sigue) El enriquecimiento del tipo penal con el «elemento tendencial» en una arriesgada distinción entre negación (inane) y justificación (ofensiva): «elemento tendencial» frente a «idoneidad objetiva» para la lesión (FJ. 8º y 9º)

En un último intento de encontrar un mínimo de ofensividad a la conducta típica de «negación» del genocidio, el Tribunal indagaba en la propuesta del Ministerio Fiscal que se había posicionado a favor de la legitimidad de este precepto al entender que el mismo incluía un «elemento tendencial» dirigido a tratar de generar un estado de opinión favorable al genocidio y que tales actos de difusión pública resultaban idóneos para generar un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, podría concretarse en actos específicos de discriminación racial¹²⁶⁵. Pues bien, a estos efectos el Tribunal distinguía entre la conducta de «negación» del genocidio que declarararía «inane», de la de «justificación» en la que sí que deduciría ese contenido ofensivo.

El Tribunal realizaba también una apreciación de gran relevancia que no puede pasar inadvertida. Hizo notar que, aunque el contenido de injusto de la conducta se pueda tratar de residenciar en la generación de un clima de hostilidad –como pretende el Ministerio Fiscal-, habría en todo caso que someterlo al

¹²⁶⁵ A juicio del Ministerio Fiscal este precepto hallaría su verdadera localización «en aquellas conductas que no sólo se limitan a la mera difusión de ideas u opiniones sobre los fenómenos genocidas, sino que, inspirándose en un ánimo tendencial y al hilo de esa difusión, trataran de generar un estado de opinión en la población favorable al genocidio, que fuera llevado a cabo de forma planificada, sistematizada u organizada. Se trataría pues, con el precepto, no ya de reputar como delito la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de *proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, con una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generaren un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudieran concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa*» -cursivas mías- (Antecedente de Hecho 8º). En sentido similar se posicionaba la Abogacía del Estado (Antecedente de Hecho 7º).

correspondiente «juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades» (cursivas mías). Una cosa es que se asuma un «cierto» contenido ofensivo, y otra es que el mismo sea adecuado constitucionalmente según un juicio de proporcionalidad. No obstante, lo primero es determinar si las conductas tenían siquiera ese mínimo contenido de injusto.

A. *El carácter «inane» de la «negación del genocidio»*

El Tribunal distinguía en primer lugar la «mera negación del genocidio» para ver si podía dotar a la misma del injusto advertido por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, a juicio del Tribunal «ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal- puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio *persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad* contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, *ni tampoco que toda negación sea capaz de conseguirlo*» -cursivas mías-. Por tanto, según el Tribunal, no se podría «presuponer» que toda negación ni vaya dirigida (subjctivamente), ni sea idónea (objetivamente) a crear tal clima de hostilidad social.

Y es que, entender así la conducta de «negación», seguía argumentando el Tribunal Constitucional, exigiría sustentarla en «otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese *en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado*» -cursivas mías-¹²⁶⁶. Consideraba entonces el Tribunal que no podía «forzar» una interpretación restrictiva del precepto que llevara a «añadir nuevos elementos», lo cual desbordaría los límites de su jurisdicción.

En consecuencia, al no poder dotarla sin torcer el tenor literal del precepto ni siquiera de ese contenido ofensivo como delito de clima, que *a priori* daría una base de constitucional (sin perjuicio de un enjuiciamiento de la «proporcionalidad»), el Tribunal concluía declarando que la conducta de «negación» del genocidio quedaba en un estadio previo que no justifica la intervención del Derecho penal. La negación del genocidio «*no constituye, siquiera, un peligro potencial* para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión,

¹²⁶⁶ STC 199/1987, FJ. 12º.

de modo que *su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión*» -cursivas más-.

B. *El «elemento tendencial» ínsito en la conducta de «justificación»*

En cuanto a la conducta consistente en «difundir ideas que justifiquen el genocidio», el Tribunal entendió que al tratarse de la expresión de un «juicio de valor» sí que podía apreciarse el citado «*elemento tendencial*». Consideraba el Tribunal Constitucional que «[l]a *especial peligrosidad de delitos tan odiosos* y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite *excepcionalmente* que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como *incitación indirecta* a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque *de forma indirecta supongan una provocación al genocidio*» -cursivas más-.

En tal sentido el legislador podía perseguir este tipo de conductas incitadoras de forma indirecta, aunque el Tribunal advertía que «siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo».

5.2.7. La frontera del reproche penal: a) *Incitación indirecta al genocidio; b) Provocación mediata que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad; c) Comportamientos despectivos o degradantes (FJ. 9º)*

El Tribunal trazaba a continuación la frontera del reproche penal ante conductas de este género. A este respecto, distinguía tres posibles modalidades ofensivas de estos discursos, todas ellas proscritas constitucionalmente:

a) *Cuando supongan una «incitación indirecta a la perpetración» del genocidio*. En este caso nos encontraríamos con una figura que entroncaría con el art. 615 Cp., ya que en ambos casos el «riesgo lesivo temido» sería que se cometa un genocidio. La diferencia sería únicamente la «forma», en un caso «directa» y en el otro «indirecta» -encubierta-, algo que además quedaría difuminado en tanto en cuanto el art. 615 Cp. castiga la apología en sentido propio del art. 18 Cp.

b) Como «*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». El Tribunal asociaba aquí el delito del art. 607.2 Cp. con la figura del 510 Cp. y reconocía que el discurso negacionista guardaría también relación con el «discurso del odio» como pone de manifiesto la configuración típica recogida en la Decisión marco europea.

c) Si el comportamiento resulta «*despectivo o degradante respecto a un grupo de personas*». El Tribunal, aunque en este caso se aleje del ámbito punitivo del precepto, señalaba que tampoco quedarían amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión 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*» -cursivas mías-¹²⁶⁷.

En cuanto a las dos primeras formas ofensivas, Tribunal Constitucional justificaba de nuevo el adelantamiento de la barrera punitiva para el castigo de conductas de incitación «incluso indirecta» porque las mismas afectarían «de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden público»¹²⁶⁸.

5.2.8. El contenido de injusto del art. 607.2 Cp. como justificación del genocidio; dos en uno: «apología indirecta al genocidio» y «delito de clima» (FJ. 9º)

El Tribunal concluía perfilando la interpretación constitucionalmente adecuada del art. 607.2 Cp., ante lo que afirmaba: «resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, *si suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia*, que es precisamente lo

¹²⁶⁷ SSTC 174/2006, FJ. 4º; 204/2001, FJ. 4º; 110/2000, FJ. 8º.

¹²⁶⁸ Téngase en cuenta que, al menos para la doctrina, por un lado estaría el carácter «directo» o «indirecto» de la incitación, pero luego habría que considerar otros elementos como la inmediatez con respecto a la probable comisión del delito y el «grado necesario de probabilidad» de que se produzca el daño sobre los que nada dice el Tribunal. Si se configuran como delitos de «peligro abstracto», tales elementos deberán estar presentes en la «*ratio*» de la conducta en la que el peligro se considera ínsito.

que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2)».

Pero, ¿cuál es el bien jurídico de la norma –que, de hecho, era lo que cuestionaba por «difuso» el auto de la Audiencia de Barcelona? El Tribunal Constitucional no se detenía especialmente en su identificación. Previamente había señalado que el carácter excepcional de este adelantamiento a la «incitación indirecta» se justificaba en la afectación a la «dignidad humana». En este punto resultaba todavía más confuso e indicaba que este precepto suponía la «última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión» - cursivas mías-. Dentro de lo cual cabría casi todo¹²⁶⁹.

Asimismo, el Tribunal dedicaba un solo párrafo a justificar que con su interpretación lograba dotar de un ámbito punitivo propia al precepto sin torcer la voluntad del legislador, y, al mismo tiempo, concluía en una frase que «en aplicación del principio de proporcionalidad puede entenderse adaptado razonablemente en cuanto a las penas a la gravedad de las conductas perseguidas». Por último, el Tribunal enfatizaba que esta interpretación venía a dotar de un encuadre armónico al precepto en su contexto, aunque reconocía que no era su labor ni la de «depurar técnicamente las Leyes» ni la de «evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos», sino la de «velar porque no vulneren la Constitución». Así las cosas, reiteraba el rechazo a interpretar el art. 607.2 Cp.

¹²⁶⁹ El magistrado GARCÍA-CALVO y MONTIEL se muestra igualmente impreciso en su crítica a la reconfiguración del tipo realizada por el Tribunal, y señalaba a este respecto que «el legislador ofrece respuestas en las que el soporte de los derechos fundamentales que entran en conflicto o resultan afectados no se alteran sino que se limitan, no puede desautorizar constitucionalmente el principio de configuración legal ni el de intervención mínima propio del Derecho penal con benevolentes, artificiosas y teóricas prevenciones que, en lugar de consolidar dichos derechos, lo que hacen es debilitar la salvaguarda de aquéllos, los cuales, por su casuística evaluación y sin otra finalidad que ajustar a términos de razonabilidad y proporcionalidad-». Pero, ¿a cuáles derechos se está refiriendo? ¿cuál es el bien jurídico que fundamenta este delito? La cuestión sigue sin ser precisada. Para el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA es la «dignidad humana» el bien que fundamenta la fijación de tales límites, y refiere en particular su doctrina de la STC 48/2003.

El Abogado del Estado en su recurso se muestra crítico con la cuestión planteada por la Audiencia de Barcelona por considerar que el fin de la norma sea abstracto o difuso y limita inadecuadamente la finalidad perseguida por el legislador penal al tipificar conductas que si bien es cierto parecen perseguir la protección de ciertas minorías étnicas o la evitación de un daño moral de las víctimas, en realidad dicha finalidad no es la principal ni la exclusiva del art. 607.2 Cp. Según el Abogado del Estado este precepto asume «una finalidad protectora general de la sociedad», y en el mismo debe reconocerse «tanto una medida de defensa legítima de la minorías, como del propio orden constitucional» (Antecedente de Hecho 7º). El Ministerio Fiscal sostenía, como se ha visto, que se trata de un precepto que pretende «proteger a la sociedad» (Antecedente de Hecho 8º).

como forma de «incitación directa» según el art. 18 CP, lo que lo solaparía con el delito del art. 615 Cp. Entendido como una «provocación indirecta», el Tribunal consideraba que se le dotaba de un espacio punitivo propio con respecto al art. 615 Cp¹²⁷⁰. Del mismo modo, también asumía un ámbito punitivo propio frente al art. 510 Cp., ello porque, aunque no lo dice expresamente, éste sería también una forma de «provocación directa»¹²⁷¹.

5.2.9. El fallo

Como se ha visto, finalmente el Tribunal resolvió «declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso del art. 607.2 del Código penal» y «declarar que no es inconstitucional el primer inciso del art. 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del Fundamento Jurídico 9 de esta Sentencia».

5.3. Valoración de cierre a la sentencia

Para terminar trataré de esbozar algunas reflexiones de cierre sobre esta sentencia, en las que sintetice algunas de sus luces y sombras.

5.3.1. Impecable concepción del ordenamiento constitucional español bajo el paradigma del modelo abierto y rechazo de la democracia militante

El Tribunal sienta meridianamente que el ordenamiento español no es una democracia militante, de forma que no cabe privar de protección constitucional al ejercicio de un derecho o libertad fundamental porque «se utilicen con una

¹²⁷⁰ En concreto afirmaba el Tribunal que «dota al precepto de un ámbito punible propio, que supone en su caso una modalidad específica de incitación al delito que merece por ello una penalidad diferenciada, adaptada, según el criterio del legislador, a la gravedad de dicha conducta conforme a parámetros de proporcionalidad».

¹²⁷¹ Creo que debe ser interpretado en este sentido porque, toda vez que el Tribunal ha admitido que una de las formas ofensivas del 607.2 es que provoquen de manera indirecta a la discriminación o al odio, el solapamiento con el art. 510 Cp. sólo se evita justificando que éste se trata de una provocación «directa» para generar el mismo clima de hostilidad. De ahí también las diferentes penalidades.

finalidad anticonstitucional» (FJ. 4º). En nuestro orden constitucional no tiene parangón una cláusula como el art. 17 CEDH¹²⁷².

Consecuencia de lo anterior es que sólo podrán ser privadas de protección aquellas conductas que «lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional» (FJ. 4º). Ello, proyectado sobre la libertad de expresión, supone que no se podrá sancionar «la mera difusión de ideas e ideologías»; pero sí las «actividades contrarias a la Constitución». Ahora bien, creo que se hace necesaria una precaución al descifrar esta afirmación. El Tribunal, aunque de su tenor pueda parecerlo, no creo que esté afirmando que la difusión de una idea no pueda ser ofensiva¹²⁷³, ni trata de dibujar una diferencia como la Corte Costituzionale italiana entre expresiones activizantes y mera difusión; sino que, en realidad, lo que a mi juicio pretende es enfatizar la conclusión anterior de que para privar de protección constitucional a un discurso es necesario que ello se justifique en una ofensa a un bien jurídico. Es cierto, eso sí, que la libertad de expresión tiene particularidades

¹²⁷² Claramente en contra de cómo ha entendido el Tribunal aquello que debe ser una «democracia militante», se mostraba el magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS a cuyo juicio «[n]o se trata de favorecer la fórmula “de una democracia militante” pero sí de impedir la conversión de las instituciones que garantizan la libertad en una “democracia ingenua” que llevara aquel supremo valor de la convivencia hasta el extremo de permitir la actuación impune de quienes pretenden secuestrarla o destruirla». También el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA consideraba que el Tribunal había dado un excesivo peso a la libertad de expresión que «representa, sin embargo, un retroceso inoportuno y grave en las garantías del pluralismo que regían en España y en los Países de la Europa democrática actual». En doctrina, J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 244, critica el rechazo de la democracia militante realizado por el Tribunal y entiende que el art 10 de la Constitución consagra implícitamente «el carácter militante de nuestra democracia, que puede y debe defenderse de cualquier ataque dirigido contra la dignidad de la persona». *Cfr.* A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 194, para quien entre el modelo de democracia militante alemán habría otro modelo intermedio que sería el derivado del CEDH al cual se debería acercar nuestro orden constitucional (en el mismo sentido, vid. A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, *passim*). Muy contundente se muestra también MARTÍNEZ SOSPEDRA, para quien «la nuestra no es una Constitución meramente procedimental», «[l]a democracia que la Constitución organiza es una democracia valorativa y, en consecuencia, una democracia militante» («Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, p. 116).

¹²⁷³ Comparto la tesis de VIVES ANTÓN quien, en relación a la apología, sostiene que «no se trata de que la apología sea inocua; sino, quizás, de que algunos daños o peligros bien reales, que producen el ejercicio de algunas libertades no pueden, en el marco de un ordenamiento jurídico racional, combatirse por medio de la restricción de la libertad» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 822). Considera este autor que «[l]a idea de que la simple apología del delito es inocua procede, probablemente, de la más general según la cual la sola expresión del pensamiento, en razón de su carácter ideal, no es apta para causar daño; pero esa es una idea equivocada [...]. En el contexto de la sociedad humana no cabe, pues, afirmar que las ideas son inocuas. Por eso, junto a las limitaciones de la expresión fundadas en el impacto no comunicativo que el mensaje emitido puede tener, surgen otras basadas en la lesividad del impacto comunicativo» (*ibidem*).

en sus modalidades ofensivas¹²⁷⁴ y es por ello que creo que la posición del Tribunal debe ser interpretada en el sentido de que no es constitucionalmente admisible que la ofensividad de la difusión de una idea o ideología se fundamente en el carácter contradictorio de la misma con los valores y principios sostenidos por el propio orden constitucional. No cabe castigar «ideas en sí mismas consideradas». Es decir, *hay que ir más allá de esa ofensividad «ideal» (o «formal») al orden de valores positivamente reconocido para justificar la proscripción constitucional de una manifestación*¹²⁷⁵. Ello, como se ha dicho, no quita que pueda admitirse la lesión de bienes ideales como, por ejemplo, el honor, aunque lleva a ser reticente con la admisión como límite de otros valores ideales de índole supraindividual (moral pública, orden público, etc.).

De esta manera, el carácter abierto y personalista de un ordenamiento se proyecta tanto sobre la delimitación de la libertad, al no permitir que se excluyan *prima facie* del ámbito de protección a ideas o ideologías, por muy detestables que resulten, como sobre los posibles límites que se establezcan a la misma, al exigir cautelas a la hora de erigir límites ideales «supraindividuales» al ejercicio de esta libertad.

5.3.2. El «deslizante» criterio de la «mera difusión de ideas» para definir el contenido esencial de la libertad

En relación con lo anterior, el Tribunal Constitucional delimitaba el «núcleo esencial» de la libertad de expresión declarando intangible la «mera transmisión de ideas» (FJ. 7º), lo cual a mi entender puede inducir a una doble confusión¹²⁷⁶. En

¹²⁷⁴ Con el «uso» de la palabra las posibilidades ofensivas creo que son básicamente dos: o resultan peligrosas por «provocar» a otras personas a que cometan ciertos actos («impacto comunicativo»); o también pueden ser «directamente lesivas» («impacto no comunicativo») pero para bienes de naturaleza ideal, ya que con la «palabra» resulta imposible lesionar de manera directa bienes de naturaleza material. Como una modalidad ofensiva intermedia, aunque más cercana a esta última, estaría el «efecto amenazante» que bien pudiera considerarse como una manifestación «directamente lesiva» de bienes ideales en tanto que «coacción psicológica».

¹²⁷⁵ En contra, *cfr.* J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 249, para quien la mera transmisión de ideas contrarias a los fundamentos del orden constitucional puede justificar la exclusión de protección constitucional.

¹²⁷⁶ M. L. CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», *op. cit.*, p. 42, refiere también una doble confusión en la que habría incurrido el Tribunal Constitucional aunque la presenta en modo similar, pero no idéntico, al aquí sostenido. A juicio de esta autora la confusión del Tribunal erradicaría «en primer lugar, a la hora de delimitar el contenido del derecho fundamental, y, en segundo término, cuando se pone exclusivamente el acento de la indiscutible dañosidad social de las conductas sancionadas en el art. 607.2 CP.». Considera entonces que mezcla dos cosas distintas, «el contenido del derecho fundamental afectado y la ofensividad de las conductas cuya constitucionalidad se cuestiona. Sin embargo, es claro que el derecho no puede limitarse a dar

primer lugar, se trata de un criterio poco definido, ya que resulta difícil delimitar aquello que puede ser considerado como «mera difusión de ideas», a la que se le niega (jurídicamente) virtualidad ofensiva al quedar en todo caso protegida, al igual que ocurre con la distinción entre «fines» y «actividades» que refiere en la STC 48/2003 sobre la ilegalización de partidos políticos¹²⁷⁷. Pero, en segundo lugar, en su argumentación el Tribunal parece identificar contenido esencial y delimitación del derecho fundamental, dando entonces una imagen muy limitada de ésta. Así se ve cuando el Constitucional censura al legislador por haberse excedido en la limitación de la libertad para entrar en la propia delimitación de la misma (FJ. 7º). Sin embargo, a mi juicio, el espacio de la delimitación excede del definido por el «núcleo esencial» del derecho y el legislador puede también intervenir en la delimitación de un derecho fundamental, aunque con un mayor grado de vinculación que cuando se trata de una limitación¹²⁷⁸. De hecho, me aventuraría a sostener que más correcto sería entender que la delimitación del derecho fundamental se extiende más allá del contenido esencial y que engloba no sólo la «mera transmisión de ideas», sino la difusión de cualquier opinión o idea o hecho veraz, sin perjuicio de que el legislador pueda fijar límites, los cuales deberán respetar tanto el contenido esencial como el resto de «límites de los límites»¹²⁷⁹. Para definir entonces el contenido esencial de la libertad habría que tratar de buscar otro criterio menos equívoco.

cobijo a conductas carentes de ofensividad. [...] En segundo lugar la sentencia ofrece una débil fundamentación a la declaración de constitucionalidad al residenciar todo el discurso en la potencialidad dañina de las conductas de justificación. Ese es un parco argumento porque si bien la dañosidad es, por exigencias del principio constitucional de ofensividad, componente ineludible del delito, por sí sola no legitima la intervención penal».

¹²⁷⁷ Concluye en esta sentencia que «en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o a la violencia. En consecuencia, no se abre ningún resquicio a la que se ha llamado “democracia militante y no hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológicas, de participación, de expresión o de información». Previamente el propio Tribunal mencionaba cómo la Ley de partidos en su Exposición de Motivos explica que no se acoge a este modelo sobre la base de distinguir entre «ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro (FJ. 7º).

¹²⁷⁸ *Vid. supra* epígrafe 1.1 en este Cap.

¹²⁷⁹ *Vid. supra* epígrafe 1.4. en este Cap.

5.3.3. La limitación de la libertad de expresión ante manifestaciones racistas. Matices con respecto a la pauta del «deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por su condición»

El Tribunal Constitucional reitera su doctrina por la cual los discursos racistas¹²⁸⁰ no quedarían amparados por la libertad de expresión por el «deliberado ánimo de menosprecio y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social» (FJ. 5º), que resultarían lesivos de la dignidad de las personas. En mi opinión, mejor que el «deliberado ánimo de menosprecio», he sostenido que se podría acudir al criterio de que objetivamente las expresiones tuvieran tal virtualidad humillante u ofensiva. La regla para determinar lo proscrito constitucionalmente creo que debe ser «objetiva» y no fundarse únicamente en el «ánimo»¹²⁸¹. Es por ello que entiendo más adecuado cuando el Tribunal refería que la pauta era que el comportamiento resultara «despectivo o degradante», al tratarse 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» (FJ. 9º). Así las cosas, comparto que la tutela de *la «dignidad humana» trace el ámbito de lo protegido, pero en sentido «objetivo», como aquello que puede ser ofensivo en tanto que humillante o vejatorio*¹²⁸². Ahora bien, hay que ser *cuidadoso con convertir a la «dignidad humana» como un «superlímite»*¹²⁸³ con un contenido «supra-individual» que termine por consagrar un «orden público constitucional» como límite a la libertad de expresión y a la propia libertad ideológica, en cuya base también está el

¹²⁸⁰ En contra, el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA en su voto disidente entiende que el Tribunal en esta sentencia se habría distanciado de la doctrina fijada en las SSTC 214/1991 y 176/1995, en las que se proscibía que se difundiera un determinado entendimiento de la historia y del mundo «tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona». Sin embargo, como se señalará, a mi entender el Tribunal confirma este criterio, lo que pasa es que no admite que tal «contenido discriminatorio» esté ínsito en toda conducta negacionista, sino que se debiera al menos requerir tal carácter en el tipo penal.

¹²⁸¹ En este sentido señala G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo...», *op. cit.*, p. 143, que «aunque esta formulación no es muy afortunada (por cuanto la referencia al “ánimo” puede interpretarse como juicio de intenciones pro futuro), situando esta afirmación en el contexto global de la sentencia, puede colegirse que sólo en la medida que hay actos efectivos de menosprecio y discriminación de personas y grupos, la dignidad puede limitar las libertades ideológica y de expresión».

¹²⁸² *Vid. supra* epígrafe 2.1.5 en este Cap.

¹²⁸³ Así la denomina J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 279 a la luz de la jurisprudencia constitucional.

propio reconocimiento de la dignidad de la persona y su libre autodeterminación¹²⁸⁴.

5.3.4. Distanciamiento del Constitucional español con respecto a la doctrina del TEDH

El Tribunal Constitucional español «pretendía» que su jurisprudencia «coincidía en lo esencial» con la asentada por el TEDH en cuanto al discurso del odio y al discurso negacionismo. Pues bien, como ha sido aquí estudiado, la doctrina del TEDH en lo referido al «discurso del odio» es bastante imprecisa y, en cierto modo, tampoco ofrece una pauta clara para deslindar el discurso protegido. Lo cierto es que, además, el enjuiciamiento del TEDH es siempre un juicio orientado al caso en concreto, un auténtico «*balancing of interest*» que considera no sólo unas pautas abstractas, sino que se basa ante todo en el peso en concreto de las distintas circunstancias concurrentes a través de su triple análisis; aunque, como ha sido estudiado, en algunos casos de discursos racistas, xenófobos o islamofóbicos ha ido más allá guillotinando la protección del mismo al amparo del art. 17 CEDH¹²⁸⁵. Pero es precisamente sobre el discurso negacionista del Holocausto donde el Tribunal Constitucional a mi juicio se aleja completamente en relación a la doctrina del Tribunal Europeo. Como fue destacado, el TEDH aplica su efecto guillotinator frente a los discursos negacionistas y los excluye de plano de protección, dando por sentado que el negacionismo del Holocausto en todo caso pretende atacar los valores a la base del Convenio, al tratar de desvirtuar unos «hechos históricamente incontrovertibles». El TEDH circunscribía la posibilidad de que el debate quedara abierto a otros aspectos que no afectaran el núcleo del negacionismo del Holocausto. De manera que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se alejaría notablemente de la mantenida por el TEDH al afirmar que puede darse un negacionismo del Holocausto no ofensivo y por tanto

¹²⁸⁴ G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo...», *op. cit.*, p. 133, advierte de la contradicción entre la tutela de la dignidad humana y la libertad ideológica: «esta última afirmación de la eficacia limitativa de la dignidad y los valores superiores es difícilmente cohonorable con el entendimiento en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión con la “máxima amplitud”». Y es que, como este mismo autor afirma, «[l]a expresión pacífica de posiciones ideológicas inspiradas en valores contrarios a los consagrados constitucionalmente no deja de gozar de la protección constitucionalmente dispensada a las libertades ideológica y de expresión que, en otro caso, quedarían vaciadas de todo contenido efectivo» (*ibidem*, p. 141). De tal suerte que «la dignidad no sufre, desde un punto de vista constitucional, por ataques o cuestionamientos puramente teóricos o ideales a la misma sino por actos, por comportamientos que afecten lesivamente a concretos derechos de los que constituye principio y fundamento».

¹²⁸⁵ *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

meritorio de protección constitucional. Sin desconocer que, como se ha estudiado, en la reciente sentencia al caso *Perinçek c. Suiza*¹²⁸⁶, el Tribunal Europeo tomaba como referencia la jurisprudencia del Constitucional español, entre otros, para justificar el amparo por la sanción por un discurso de negacionismo del genocidio armenio¹²⁸⁷. Ahora bien, lo relevante a mi juicio es que, como indicaba el propio Tribunal Constitucional, en realidad no debe importar tanto la jurisprudencia del TEDH ya que el modelo constitucional español parte de unas premisas distintas a las del Convenio Europeo. Sería equivocado, por tanto, tratar de trasponer, o aunque sólo fuera mantener como referente, una doctrina que parte de principios distintos a los fijados por nuestra Constitución. Porque, como se comenzó diciendo, la Constitución española, a diferencia del Convenio Europeo, no recoge un modelo de democracia militante.

5.3.5. Matizaciones en la delimitación de la libertad científica

Al plantear la conexión entre el debate sobre el negacionismo y la libertad científica, en su dimensión de libertad de investigación historiográfica, el Tribunal Constitucional realizaba una interpretación a mi juicio deficitaria de su propia sentencia 43/2004, de 23 de marzo (FJ. 5º y 8º). En primer lugar, porque delimitaba la libertad de investigación histórica en atención a que viniera referida a «hechos históricos», sin hacer referencia a que era la «metodología» -proyectada sobre el estudio de «hechos históricos»- la que en su sentencia anterior había determinado como elemento característico. Pero, además, el Tribunal, cuando en el FJ. 8º refería a la protección que merecía la libertad científica en relación con la «mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos», añadía que éstos estarían protegidos en tanto que se dieran «sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad». Sin embargo, en su sentencia 43/2004 había afirmado que la investigación científica no exige una neutralidad ideológica y ampara ciertos juicios de valor en la propia investigación. De manera que la afirmación que hacía en esta última sentencia sólo se entiende como una forma de reafirmar su conclusión en el sentido de que la mera negación del Holocausto estaría protegida pero no su justificación.

¹²⁸⁶ STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*.

¹²⁸⁷ *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

5.3.6. Precisiones en la definición de las acciones típicas de «negar» y «justificar»

También creo que sea necesario precisar la distinción «semántica» que hace el Tribunal de las conductas típicas en su FJ. 7º (en realidad, más que conductas serían «contenidos» objeto de lo difundido). Sobre la «negación» del hecho del genocidio no habría problema y creo que es claro lo que refiere. Más sutil es la distinción entre la conducta de «negación» porque se considere que los hechos «no se realizaron en modo» tal que pueda ser calificado (jurídicamente) como genocidio; y la «justificación» de la «antijuridicidad» del mismo. Parece que en el primero de los casos se entendería por negación cuando se sostiene que unos «hechos» en realidad no entran dentro de la definición típica de genocidio; mientras que sería justificación cuando, a pesar de reconocer su carácter genocida, lo que se cuestiona es que el mismo sea reprochable (jurídicamente). El Tribunal añadía además que tal cuestionamiento de la antijuridicidad nacería de una «cierta identificación con los autores»; afirmación que resulta un tanto apodíctica y que, si bien puede ser, también puede no serlo. Es decir, puede darse tal cuestionamiento de la antijuridicidad de un «genocidio» (así, por ejemplo, si se considera un acto legítimo de protección de una Nación), sin que ello suponga identificarse con sus autores. Por otro lado, afirmaba el Tribunal que la «justificación» supone la «relativización» del genocidio. Sin embargo, opino que «justificar» implica más que «relativizar». «Justificar», según la Real Academia de la Lengua, sería «[p]robar algo con razones convincentes» o «hacer justo algo»; mientras que «relativizar»¹²⁸⁸ estaría más cerca de «banalizar» o de «minimizar», conductas que en principio entiendo que deben ser atípicas¹²⁸⁹.

5.3.7. La censurable «manipulación» del art. 607.2 Cp. y el débil contenido ofensivo como delito de clima. Insalvable inconstitucionalidad en un adecuado enjuiciamiento constitucional

El núcleo de la crítica que se puede hacer a esta sentencia estaría en la «manipulación» que realiza el Tribunal Constitucional *del tenor del precepto para justificar su legitimidad constitucional, después de haber reconocido que el límite derivado de su tenor literal resultaría inconstitucional* por penetrar en el «contenido esencial» de la libertad al sancionar la mera difusión de ideas (FJ. 7º).

¹²⁸⁸ Según la Real Academia de la Lengua, sería «introducir en la consideración de un asunto aspectos que atenúan sus efectos o su importancia» (23ª Edición).

¹²⁸⁹ Vid. *supra* epígrafe 4.2.1 en este Cap.

De manera que la primera pregunta sería entonces *si resulta adecuada la interpretación constitucionalizada que realiza el Tribunal del art. 607.2 Cp.*

Como se ha visto, el Constitucional declaraba la inconstitucionalidad del inciso referido a la «negación» del genocidio por no poder derivarse del mismo un «elemento tendencial» ni una «idoneidad objetiva» incitadora a la creación de un clima de hostilidad, algo que supondría añadir «nuevos elementos» al tipo delictivo, desbordando los límites de la jurisdicción constitucional al *«imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal»* (FJ. 8º) – cursivas mías-. A conclusión distinta llegaba con respecto a la conducta de «justificación pública» del delito de genocidio, para la cual el Constitucional sí que entendía que, *«tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio»* (FJ. 9º) – cursivas mías-. Pues bien, la argumentación en este punto resulta a mi juicio francamente apodíctica, al deducir tal elemento tendencial simplemente de que la «justificación» suponga un «juicio de valor», sin que se entienda por qué no aplica las conclusiones de uno al otro caso¹²⁹⁰. Opino que los mismos argumentos que utilizó el Tribunal para justificar la inconstitucionalidad del inciso referido a la «negación» hubieran sido igualmente válidos para declarar la inconstitucionalidad de la conducta de «justificación» del genocidio; y viceversa¹²⁹¹. De hecho, en sus

¹²⁹⁰ Según el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA, «ni es convincente diferenciar penalmente la negación de los delitos del art. 607.1 CP». Para el magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS este «elemento tendencial» se podría encontrar también en la conducta de negación. Muy crítico se muestra también el magistrado SALA SÁNCHEZ a cuyo juicio tal diferenciación resulta «en sí misma contradictoria habida cuenta que la figura delictiva las identifica cuando coloca en la misma posición la negación y la justificación»; «no se comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la “negación”». Señala TAJADURA TEJADA, «[n]o sabemos por qué lo que antes suponía una extralimitación de las funciones del Tribunal –interpretar el precepto de forma constitucional para conservarlo- ahora ya no lo es. Y ello pese a que –en términos puramente formales- «justificar» no es lo mismo que incitar directamente [...]. Pero con ello el Tribunal incurre en una contradicción que será advertida por los magistrados discrepantes: si el elemento tendencial está presente en una de las conductas analizadas, por la misma razón lo está en la otra. Lo que resulta contradictorio es afirmar su presencia en una sí y en otra no» («Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 253). En el mismo sentido, *vid.* A. SANZ PÉREZ, «Libertad de expresión y la negación...», *op. cit.*, p. 2448.

¹²⁹¹ A este respecto, afirma FERNÁNDEZ-VIAGAS, «si la tipificación de la primera puede ir en contra de la libertad de expresión, la misma conclusión cabría sacar de la segunda» («El bárbaro civilizado...», *op. cit.*, p. 9). Asimismo, advierte este autor que «[s]i “justificar” puede ser interpretado no sólo en el sentido de provocar e incitar sino también, de una manera que entonces sería puramente extensiva, en el de explicar las circunstancias que posibilitaron un hecho o probar la inculpabilidad de su autor, no habría más remedio que concluir que el precepto iría en contra de ese principio [legalidad penal] al posibilitar significados tan distintos y contradictorios» (*ibidem*, p. 8).

En sentido contrario, se posiciona A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 100, para quien «las mismas razones barajadas para entender legítima la represión de la

sentencias referidas a la ilegalización de partidos políticos sí que había encontrado en actos de «mera ausencia de condena» una suerte de apoyo implícito legitimador del terrorismo¹²⁹². Pero es que, además, ¿dónde queda la idoneidad objetiva? Y, aunque pueda entenderse que *en ciertos casos* expresiones justificadoras resulten «idóneas» para dar lugar a una «incitación» -como también creo que puede ocurrir con expresiones negadoras-, ello no es una característica implícita en toda conducta de justificación pública del genocidio. ¿Posicionarse a favor de un determinado «hecho», incluso presentarlo como «justo», implica necesariamente querer que se repita? Aún más, ¿«justificar» implica querer «incitar» a que se vuelva a producir? Parece excesivo deducir tal elemento del sentido literal de la palabra «justificar», aunque es cierto que la mayoría de la doctrina ha optado por esta vía¹²⁹³. Incluso varios de los magistrados disidentes a la sentencia han enfatizado que el «elemento tendencial» de la incitación se encontraría implícito en la conducta típica recogida por el precepto, incluyendo la negación¹²⁹⁴, por lo que no hacía falta tantos vericuetos argumentativos para reconocer este contenido injusto¹²⁹⁵.

justificación del genocidio podrían haber llevado a apreciar la constitucionalidad del tipo penal del negacionismo». Véase también la posición de los magistrados disidentes a la sentencia referenciada en la nota anterior, los cuales entienden que tales elementos pueden deducirse, tanto para la «negación» como para la «justificación» del propio sentido del precepto.

¹²⁹² Así, en su STC 5/2004, FJ. 18º consideraba que «[e]n tanto que negativa de una expresión, abstenerse de condenar acciones terroristas es también manifestación tácita o implícita de un determinado posicionamiento frente al terror. No es, desde luego, una manifestación inocua cuando con ella se condensa un credo hecho explícito», y añade que en un contexto de terrorismo «la negativa de un partido a condenar un concreto atentado terrorista, como singularización inequívocamente buscada respecto a la actitud de condena de los demás partidos, adquiere una evidente densidad significativa por acumulación, pues se imbuye del significado añadido que le confiere su alineamiento en la trayectoria observada sobre ese particular».

¹²⁹³ *Vid. supra* epígrafe 4.2.2 en este Cap. Como se expondrá a continuación, la mayoría de los magistrados disidentes también entienden que tal «elemento tendencial» puede deducirse de la propia conducta típica.

¹²⁹⁴ Así, el magistrado SALA SÁNCHEZ consideraba que este «elemento tendencial» estaría presente no sólo en la conducta de justificación sino también en la de negación, por lo que, a su juicio, lo que «el precepto cuestionado castiga en las dos conductas –no se olvide, legislativamente equiparadas– no es la simple “negación” en abstracto o la “justificación” consistente en “la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas” (F. 9), sino esas mismas “negación” o “justificación” en cuanto signifiquen, como acaba de decirse, *la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión*». Ese sería el contenido injusto del precepto el cual debiera entenderse implícito en ambas modalidades. En sentido similar se posicionaban los magistrados GARCÍA-CALVO y RODRÍGUEZ ARRIBAS. Añadía el magistrado SALA SÁNCHEZ que tal exigencia del elemento tendencial pudiera ser deducible aplicando también para el apartado 2º el dolo propio del delito de genocidio.

¹²⁹⁵ En palabras del magistrado SALA SÁNCHEZ, cabe «rechazar que la exigencia en la conducta de difusión de doctrinas que nieguen los delitos de genocidio el elemento tendencial de incitación a la

Por mi parte, no comparto tales planteamientos y considero que el Tribunal ha venido a introducir en el precepto un nuevo elemento: que la justificación, «por su naturaleza y circunstancias, pueda constituir una incitación indirecta al genocidio». *El Constitucional deduce mucho más que un «elemento tendencial» y reescribe el precepto al modo del originario art. 137.bis b*, aunque, en este caso, requiriéndose no una incitación «directa», sino sólo «indirecta», es decir, encubierta¹²⁹⁶. Se exige, además, que el dolo abarque tal ánimo de instigación. De tal manera que, *aunque no se trate de una lectura «contraria a su tenor literal», sí que supone un «enriquecimiento» del mismo*. Supone incluir un «elemento adicional no expreso del delito» (FJ. 8º). Por todo lo cual, en mi opinión, tal reescritura supone un exceso en el ejercicio de su función interpretativa: el Tribunal ha realizado una interpretación manifiestamente aditiva o manipulativa, quebrando el principio de legalidad, ya que no es que restrinja el tenor literal de los términos típicos, sino que dota de un nuevo sentido típico al «adicionar» un elemento al tipo penal que exigiría de tipificación expresa¹²⁹⁷. Es al legislador al que corresponde explicitar los elementos constitutivos del injusto de una norma y el principio de legalidad reclama que la falta de celo de éste determine la inconstitucionalidad del tipo penal. Esta operación de interpretación «aditiva» del tenor literal de la norma, en atención a criterios constitucionales y conforme incluso al sentido teleológico de la misma, puede discutirse su validez en otros órdenes jurídicos, pero no en el

violencia o al odio puede ser calificada de desfiguración o manipulación del texto legal, cuando es lo cierto que ese elemento tampoco figura explicitado en la conducta equivalente de justificación y cuando *no sería nunca admisible interpretar que el legislador del Código penal hubiera querido incriminar sólo una aséptica conducta de negación fáctica desprovista de toda intencionalidad. Ésta, con todos los respetos, sí podría merecer el concepto de interpretación abusiva y sacada de contexto* y, al propio tiempo, el de una innecesaria restricción en la incriminación de conductas penalizadoras del gráficamente llamado “discurso del odio”, que todas las modalidades de genocidio y de su defensa implican y que todo Estado democrático está obligado a perseguir” - cursivas más-.

¹²⁹⁶ Considerar como «provocación indirecta» conductas de justificación parece lingüísticamente más acorde que pretender que las mismas constituyan una provocación «directa». *Vid. supra* epígrafe 3.1 en este Cap.

¹²⁹⁷ También lo entienden así, P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado...», *op. cit.*, pp. 6 y ss.; y J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión...», *op. cit.* Según J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 344, la solución adoptada por el Tribunal de considerar que toda justificación supone una instigación indirecta, le parece «como mínimo, discutible, no sólo porque contradice la voluntad del legislador, que decidió en su momento sancionar la apología o justificación del genocidio sin imponer condiciones que limitaran el alcance de la reacción punitiva». En contra véase lo afirmado por el magistrado SALA SÁNCHEZ en su voto particular, ya recogido anteriormente.

penal, donde ha de regir de manera estricta el principio de legalidad y más aún cuando esté en juego el ejercicio de una libertad fundamental¹²⁹⁸.

No obstante lo cual, incluso admitiendo como ha hecho el Tribunal que es legítima tal interpretación correctora, *¿la lectura «constitucionalmente adecuada» dada del precepto es convincente?* Nuevamente, *a mi entender, tampoco*. Es cierto que el intento de reescribir la conducta típica como una forma de «incitación indirecta» creo que resulta ser el corolario al «deslizante» criterio de que la «neutra difusión de ideas» no puede ser sancionada, lo que lleva al Tribunal a no admitir la legitimidad de una conducta típica conformada por la «pura» difusión de una idea sin ningún otro elemento cualificador. Ahora bien, como advierte el magistrado GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, el recurso a la incitación indirecta es un juego retórico de difícil constatación práctica¹²⁹⁹, y, voy más allá, no creo que la diferencia por la «forma» de exposición (explícita o encubierta, directa o indirecta) sea suficiente para fundar diferencias punitivas tan notables como las que distan entre el art. 510 o el 615 y el 607.2 Cp. Incluso, el Constitucional, en su intento de dotar de un contenido de injusto propio a esta figura apologética como forma de «incitación indirecta», terminaba por admitir no uno, sino dos. De tal suerte que, a la luz de esta sentencia, conforme al art. 607.2 Cp. podrán castigarse, por un lado, conductas de «incitación indirecta» al genocidio, como tipo penal autónomo pero que guardaría notable relación con el acto preparatorio del 615 Cp. salvo por la «forma» en la que se realiza la «provocación»; y, por otro lado, el art. 607.2 Cp. también ampararía la sanción de aquellas expresiones que supongan una «incitación indirecta» a la discriminación, violencia u odio contra ciertos «grupos diana», en tanto que puedan dar lugar a un «clima de hostilidad» para estos grupos, al modo del art. 510 Cp. Corresponderá entonces a la jurisdicción ordinaria perfilar la interpretación del precepto y su contenido de injusto entre los

¹²⁹⁸ Muy contundente a este respecto resultó también el voto particular del magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA a la STC 136/1999, en cuanto a la alegación de un déficit de tipicidad en relación con el principio de legalidad: «Sobre este particular, importa aclarar desde ahora algo que no por evidente debe ser omitido: la comprobación de si se ha observado tal requisito no es la misma, ni por su alcance ni por sus parámetros de enjuiciamiento y pese a la formal coincidencia en su denominación desde el prisma de la libertad de expresión y de información, que desde la perspectiva del principio de legalidad. Las exigencias de tipicidad son más estrictas cuando atañen al ámbito de la legalidad penal que cuando conciernen, únicamente, al ejercicio de las libertades de expresión y de información; de ahí que hayamos de abordar esta cuestión al analizar las infracciones denunciadas del art. 25.1» (fundamento 13^º). Sobre el principio de taxatividad en materia penal, *vid.* V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002, especialmente pp. 103 y ss.

¹²⁹⁹ Se refiere este magistrado a «matizaciones dialécticas que, a mi entender, sólo constituyen un puro excurso argumental formalista, dado que, según se deriva de la misma, aquéllas se incardinan en la teórica y no empírica distinción entre incitación directa o indirecta a la comisión de Delitos contra el derecho de gentes».

propuestos por el Tribunal Constitucional, aunque cualquiera de las posibilidades parece condenada a abocar a soluciones insatisfactorias según las exigencias derivadas del principio de ofensividad y de la salvaguarda de la libertad de expresión. Y es que en ambos casos nos encontramos con una suerte de apología «débil» que emparentaría con los «delitos de clima»¹³⁰⁰ y en los que será exigible una «idoneidad» *ex ante* de la conducta para poder lesionar el bien jurídico, lo cual supone un notable adelanto de la punibilidad. Además, esta apertura de posibles interpretaciones da prueba de la falta de taxatividad del precepto.

A mayor abundamiento, tampoco creo que se haya logrado definir adecuadamente un bien jurídico penal para el art. 607.2 Cp. Una cosa es la «finalidad de la norma» y su «ratio», y otra el bien jurídico que le da sustento al juicio de ofensividad. En tal sentido, nos encontramos con que se ha afirmado que este precepto iba dirigido a la tutela de «derechos fundamentales» o una genérica salvaguarda a la «dignidad humana». Incluso, el Abogado del Estado hablaba de un precepto en tutela de la «sociedad en su conjunto». Todo lo cual nos puede dar idea de la finalidad punitiva de la norma pero no configura un auténtico bien jurídico penal¹³⁰¹. De hecho, lo que se configura es un auténtico delito de clima que

¹³⁰⁰ Así, ALONSO RIMO afirma que «se puede colegir que el contenido que otorga [el Tribunal Constitucional] a la conducta típica de justificación del genocidio del art. 607.2 CP es en todo caso el de una provocación débil que emparenta con los delitos de clima y de la que sigue la necesidad de que aquella conducta “persiga objetivamente” la creación del mencionado “clima social” de hostilidad y violencia, así como que sea “idónea” para ello» («Apología, enaltecimiento del terrorismo...», *op. cit.*, p. 59). Al entender de J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 336, «[e]l TC reconoce que la justificación “puede” rebasar el umbral de lo constitucionalmente admisible en la medida que se constate su capacidad –indirecta aunque real- incitadora del delito de genocidio o, lo que es lo mismo, su efectiva creación de un clima de hostilidad o violencia que indirectamente también apunta a ese delito».

¹³⁰¹ En contra, *cfr.* J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 240, quien se muestra conforme con la interpretación constitucional que dan a estos delitos el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado. Entiende este autor que el bien afectado sería «el propio orden constitucional» (*ibidem*, p. 245) y que de un modo u otro en estos casos se tutelaría también «la dignidad de las víctimas del genocidio». Para A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 103, «[e]s una ley que protege a la sociedad democrática frente a la contaminación y la falacia negacionista» y «[e]l bien jurídico protegido es la existencia de un grupo o grupos humanos, cualquiera que sea su raza, religión o nacionalidad. El sustrato ideológico de este bien jurídico es el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, razas o etnias y del nivel de igualdad en el que todas se encuentran». También M. L. SUÁREZ ESPINO, «Comentario a la STC 235/2007...», *op. cit.*, p. 6, considera que «la negación de una barbarie como es el genocidio, choca frontalmente con la dignidad y el derecho fundamental al honor de las víctimas». Asimismo, menciona también la autora el peligro que pueden suponer para «la convivencia pacífica e incluso para el orden público», además de atentar contra la memoria de las víctimas (*ibidem*, p. 8). Según A. SANZ PÉREZ, «Libertad de expresión y la negación...», *op. cit.*, p. 2450, «el bien jurídico protegido, como se ha dicho, no era otro que evitar un clima de aceptación y olvido de uno de los peores

pretende salvaguardar una «atmósfera social» para evitar que se cree un contexto degenerativo. Se termina dando al «miedo» o a la «inseguridad psicológica» rango de bien jurídico¹³⁰². Siendo tan etéreo el «resultado lesivo temido» parece lógico que cualquier intento de dotar de un sólido bien jurídico caiga en saco roto.

De tal suerte que el delito mantiene un débil contenido ofensivo, por más que el Tribunal Constitucional haya requerido que para castigar las conductas se verificara una cierta idoneidad lesiva o una mínima peligrosidad, exigiendo que la provocación represente «un peligro cierto». No obstante, tal exigencia de peligrosidad más o menos cierta sigue siendo muy inconcreta. A este respecto, me distancio de los magistrados que han sostenido que este delito puede formularse como un tipo de «peligro abstracto»¹³⁰³, asumiendo que la «mera difusión» de tales «contenidos» racistas o genocidas ofrezca en la sociedad española actual un

hechos de la Historia que se estima improcedente en el seno de una sociedad democrática y que puede propiciar el surgimiento de brotes de violencia racial o étnica no deseados».

¹³⁰² Como expresa J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 699, «[a]l margen de la confusa e indeterminada referencia a la dignidad humana, parece apuntarse una imagen típica según la cual la difusión de ideas o doctrinas negadoras o justificadoras del genocidio o que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que apan prácticas generadoras de los mismos, son conductas idóneas y adecuadas para poner en peligro los bienes jurídicos individuales de los miembros del correspondiente grupo de población»; situando que este delito castigaría la provocación «porque crea un “clima psíquico” adecuado para que proliferen las conductas a que se incita, generándose “potenciales de violencia”». En este sentido, *vid.* P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado...», *op. cit.*, p. 12. Este autor reconoce que el «mal a evitar» por estos delitos sería «el atentado a la dignidad de determinadas minorías así como la desestabilización del sistema democrático como consecuencia del fortalecimiento de ideas o doctrinas racistas o xenófobas». Asimismo, admite que el Derecho penal cumple una función preventiva que no cabe desdeñar, «con lo que resultaría perfectamente legítimo imponer penas que, por las razones que sean, históricas, psicológicas o de otro orden, sirven para proteger un valor superior de nuestro ordenamiento como el de la dignidad» (*ibidem*). Ahora bien, considera entonces que «los contornos de ella no pueden establecerse en la medida de los intereses de quienes se sientan afectados. Sería absurdo, entre otras razones, porque implicaría dejar la configuración de la normativa penal de un país en manos no de la racionalidad sino de aspectos tan profundamente psicológicos, es decir, irracionales, como la inseguridad o el miedo cuando precisamente los sistemas democráticos solamente pueden desarrollarse sobre la base de un sentimiento de seguridad colectivo que rehúye los fantasmas. No en vano se ha dicho que la modernidad sirvió para eliminar las brujas del universo, desencantando el mundo. No parece muy convincente propiciar que puedan volver a volar» (*ibidem*) -cursivas mías-.

¹³⁰³ Así, el magistrado GARCÍA-CALVO Y MONTIEL en su voto particular, siguiendo al Abogado del Estado, entendía que el precepto constituiría, tal y como había sido formulado, «un delito de peligro abstracto que con especificidad propia se diseña a partir de la polivalente expresión cual es la “difusión” que abarca tres modales comisivas con una concreta referencia a “los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo”». Un peligro abstracto que se fundaría entonces en la peligrosidad para «estimular resortes psicológico-sociales» que históricamente han demostrado la difusión de ideas y doctrinas racistas.

fundamento suficiente para forzar tal juicio de peligrosidad¹³⁰⁴, por más que se quiera enfatizar el crecimiento de actos racistas en Europa en los últimos tiempos¹³⁰⁵. El Tribunal Constitucional, aunque no se planteaba la razonabilidad del nexo de causalidad (entendido como juicio probabilístico) fundante del juicio de peligrosidad abstracta del delito, sí que se paraba a justificar el «excepcional» adelantamiento punitivo que este delito supone. El Constitucional afirmaba que este delito encuentra fundamento en la «especial peligrosidad» de los delitos de genocidio, por su carácter «odioso» y porque «ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad». Ahora bien, ello no permite afirmar que exista un «contexto de crisis» -inexistente en nuestro país- que justifique una «legislación de

¹³⁰⁴ En tal sentido, por ejemplo, el magistrado GARCÍA-CALVO Y MONTIEL consideraba que sí que estaría justificado este juicio de peligrosidad abstracta y lo avalaba según la Exposición de Motivos de la LO 4/1995 que refería «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi», de lo cual «España no permanece ajena». En sentido similar se sitúa el magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS quien afirmaba tanto una componente vejatoria como una peligrosidad ínsita en la difusión de este tipo de contenidos negacionistas: «ciertamente este es un *peligro que una sociedad democrática no puede permitirse correr en las actuales circunstancias*, en las que no puede negarse el rebrote de esas actitudes». También el magistrado GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, citando expresamente el recurso del Abogado del Estado, expresaba: «La difusión de ideas o doctrinas racistas o xenófobas han logrado *estimular resortes psicológico-sociales no bien conocidos y crear una atmósfera social* que, como demuestra el desarrollo de los hechos en la Alemania nazi, comienza con la discriminación legal en el acceso a cargos públicos y profesionales; sigue con el estímulo de la emigración de parte de la población; y se extiende e intensifica a todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia». Así las cosas, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal compartían igualmente considerar que tales conductas de difusión resultan peligrosas cuanto menos en abstracto. Según el Abogado del Estado la conexión causal entre la exposición divulgadora de tales doctrinas o ideas y los abyectos crímenes no resultaría «un capricho ocasional y repentino del legislador, ni una presunción irrazonable o excesiva, sino el producto de unas dolorosas experiencias» (Antecedente de Hecho 7^o). El Ministerio Fiscal resaltaba igualmente el resurgimiento en los últimos tiempos de movimientos xenófobos y señala el notable riesgo de desestabilización de la democracia que puede representar su expansión.

¹³⁰⁵ En este sentido se posiciona también J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 352, a cuyo juicio «[e]l papel del *ius puniendi* como instrumento regulador de las relaciones sociales (del discurso político en este caso) es limitado, no debe sobreestimarse. Y no parece que se perturbe peligrosamente la convivencia con este tipo de literatura excéntrica, que circula sobre todo por internet». En contra, *cfr.* M. L. SUÁREZ ESPINO, «Comentario a la STC 235/2007...», *op. cit.*, p. 7, «las verdaderas intenciones que se esconden en estas corrientes negacionistas son, a mi juicio, lo suficientemente peligrosas como para justificar su tipificación como delito». Añade la autora que las tesis negacionistas pueden suponer «un importante desafío para las democracias actuales, donde hoy más que nunca, debido a fenómenos crecientes como la inmigración, estas posturas en el fondo intolerantes y racista suponen un grave peligro para la convivencia pacífica e incluso para el orden público, además de suponer en si misma un atentado contra la memoria de aquellos que sufrieron más directamente estos deleznable crímenes» (*ibidem*, p. 8).

excepción»¹³⁰⁶. En mi opinión, se está justificando tal «excepcionalidad» lisa y llanamente en el significado «odioso» de tales crímenes y en el triste recuerdo de «unas dolorosas experiencias históricas»¹³⁰⁷. Porque, ¿de verdad «ponen en riesgo» la esencia de nuestra sociedad? O, como expresa la Exposición de Motivos y recordaban algunos de los magistrados disidentes, ¿está fundado entender que el «racismo» está creciendo en nuestro país como para justificar medidas «de excepción»? Sinceramente no lo creo, pero, además, el crecimiento estadístico de un tipo de criminalidad no justifica tampoco adelantos de la barrera punitiva. En cualquier caso, como pone de relieve FERNÁNDEZ-VIAGAS, quienes así lo ven parece que en realidad lo que pretenden es imponer un concepto de democracia militante¹³⁰⁸.

Por todo lo cual, no comparto que este género de medidas pueda justificarse por motivos excepcionales y tengo serias dudas de que sea razonable establecer tal nexo de causalidad entre la difusión de contenidos negacionistas y la probable creación de un clima de hostilidad en nuestro país, por lo que concluyo que delitos así configurados al final terminan convirtiéndose en formas de peligrosidad presunta difícilmente compatibles con las exigencias mínimas de antijuridicidad material¹³⁰⁹.

Por último, a mi juicio el Tribunal *tampoco entró a hacer un adecuado juicio de proporcionalidad en abstracto* del precepto, en relación con la libertad de expresión, y se limitó a una mera constatación cuantitativa de la proporcionalidad de la pena con respecto a la gravedad de la conducta¹³¹⁰. Como se acaba de decir, el

¹³⁰⁶ Como expresa FERNÁNDEZ-VIAGAS, «[a]nte una situación excepcional, la defensa del orden democrático constituye el primer imperativo. Pero es imprescindible que la excepción exista, lo que exigiría analizar con cuidado los datos en presencia» («El bárbaro civilizado...», *op. cit.*, p. 14).

¹³⁰⁷ La expresión como se ha indicado antes es del Abogado del Estado (Antecedente de Hecho 7º).

¹³⁰⁸ P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado...», *op. cit.*, p. 13.

¹³⁰⁹ A este respecto, afirma LANDA GOROSTIZA 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» («Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 339).

¹³¹⁰ Por ejemplo, realizaba un juicio de proporcionalidad de la norma más minucioso, aunque finalmente validara su constitucionalidad, en la STC 55/1996, en relación a la sanción a un objetor de conciencia que rehusaba cumplir con la prestación social sustitutoria, o en la STC 161/1997, en la que igualmente resolvió la proporcionalidad del delito de desobediencia grave a los conductores que se negaran a someterse a la prueba de alcohol (art. 380 Cp.). Aún más interesante resulta la STC 136/1999, en la que sí que consideró desproporcionada la sanción a los miembros de la Mesa Nacional Herri Batasuna por delito de colaboración con banda armada al difundir un spot televisivo

Tribunal básicamente justificaba este drástico adelanto punitivo en el carácter odioso y (retóricamente) peligroso para la sociedad del genocidio. Entiendo, por el contrario, que legitimar un «delito de clima» exige un análisis mucho más exhaustivo y un escrupuloso juicio de proporcionalidad. El enjuiciamiento abstracto de una norma penal debe considerar que el ejercicio del *ius puniendi* queda sometido a principios propios de este orden que no pueden ser ignorados constitucionalmente¹³¹¹. No se trata de que el Tribunal Constitucional asuma funciones de «depurar técnicamente las Leyes»; pero sí de que al menos verifique que, en un análisis último, el legislador no haya traspasado la «prohibición de exceso»¹³¹². De hecho, ¿dónde quedan las exigencias que previamente había

de la organización terrorista ETA, imputando al legislador la desproporción en la reacción penal. Después de haber admitido la legitimidad de los fines a los que se orientaba la norma y su idoneidad, sin embargo, al comparar la gravedad del delito que se trataba de impedir con los efectos benéficos de la norma, entendía que el precepto resultaba desproporcionado. El Tribunal concluía que «la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas» (FJ. 29º). Una conclusión a la que llegaba sobre la base de cuatro circunstancias: en primer lugar, porque las conductas sancionadas aunque peligrosas resultaron muy alejadas de los peligros que trataba de evitar la norma; segundo, por la significativa entidad de la pena comparándola con otros delitos de nuestro ordenamiento y de fuera; tercero, por el hecho de que la sanción recaiga sobre la expresión de ideas e informaciones que aunque no están tuteladas por los derechos constitucionales sin embargo son actividades de expresión política en las que la sanción penal puede producir un efecto de desaliento; cuarto, el efecto disuasorio se refuerza en casos en los que como ocurre con el tipo penal éste resulta indeterminado, lo cual aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, sí que pueda generar incertidumbre acerca de la expresión de si ciertas ideas pueden ser o no sancionadas. La conclusión, por tanto, era la inconstitucionalidad de la sanción impuesta por los jueces advirtiendo que se había producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, «en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes» (FJ. 30º). Sobre el juicio de proporcionalidad, *vid. supra* epígrafe 1.1 en este Cap.

¹³¹¹ En este sentido, *cfr.* J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, pp. 349 y ss., para quien «la sentencia podría haber puesto más énfasis en el principio de intervención mínima» y, entre otros, señala los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, así como el de ofensividad, «en la prevención de comportamientos capaces de lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos». Llega a afirmar el autor que «no parece prudente, en este como en otros terrenos, matar moscas a cañonazos» (*ibidem*, p. 350).

¹³¹² En este sentido, por ejemplo, en el año 2000 en una sentencia de sala (STC 110/2000), se terminaba por recoger la posición del magistrado VIVES ANTÓN, ponente de la propia sentencia, en cuanto a la posibilidad de que se reconozca la «reacción desproporcionada ante un acto ilícito» (FJ. 6º) como consecuencia de una interpretación de los tipos penales que no respetan dejar «un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor» cuando esté en juego la libertad de expresión. «De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial» (FJ. 5º).

indicado de que no estaría justificado el recurso a la vía penal restringiendo una libertad fundamental por una «finalidad meramente preventiva o de aseguramiento» que parecía ser el único fundamento de los «delitos de clima» que ahora admite (FJ. 8º)? ¿Considera salvadas tales dudas con la genérica referencia a la afectación de «los derechos fundamentales»? ¿El juicio de proporcionalidad se reduce a una mera supervisión «cuantitativa» de la «razonabilidad» de la pena con respecto a la gravedad de las conductas? Dudas que permiten ver las carencias argumentativas del propio Tribunal.

Aún más, en relación con la «prohibición de exceso» debiera considerarse *el «efecto disuasorio»*¹³¹³ que puede tener este tipo penal para el ejercicio de la libertad de expresión¹³¹⁴. El primero de los vicios de los que se acusaba a esta figura era la quiebra del principio de legalidad con la interpretación «aditiva» realizada con el Tribunal Constitucional. Ahora bien, admitiendo la interpretación constitucionalizada, hay que pensar entonces que en el Código penal lo que se

¹³¹³En este punto comparto la posición de M. L. CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión...», *op. cit.*, pp. 25 y ss. A juicio de la misma «no basta con respetar el contenido constitucional del derecho, por cuanto la lesión de las libertades de expresión también puede producirse cuando se sancionan desproporcionadamente conductas ilícitas con el ejercicio de los referidos derechos» (*ibidem*, p. 17). La autora recurre entonces al «efecto de desaliento» para subrayar que «carece de justificación constitucional sancionar penalmente los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante conductas demasiado cercanas al lícito ejercicio de aquella» (*ibidem*, p. 22). De forma que según la autora, juicio que comparto, «el efecto de desaliento proyecta su sombra sobre el legislador, primero, y sobre el intérprete después, obligándoles a hacer efectiva la función primaria del desaliento como criterio de proporcionalidad que interviene en el proceso de justificación de la sanción» (*ibidem*, p. 25). En su primera dimensión, que es la que aquí más nos interesa al proyectarse sobre la tipicidad de la norma en un juicio abstracto, considera que «resulta erróneo –o a mí me lo parece– afirmar que eso [efecto desaliento] es *sólo y siempre* un problema de legalidad y nunca de prohibición de exceso» (*ibidem*, p. 26). Por lo que concluye que «cuando una norma penal tipifica conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales aumentan las exigencias de justificación y que, además, éstas lo hacen exponencialmente a medida que lo hace el riesgo de afectación de los mismos. Por ello, la garantía constitucional de taxatividad deviene en estas hipótesis aún más reforzada. Es precisamente aquí donde convergen indeterminación de los tipos, efecto desaliento y proporcionalidad de la sanción» (*ibidem*, p. 29). Sobre el efecto desaliento y las normas penales, cfr. también la posición de la autora en «Terrorismo y libertades políticas», *op. cit.*, pp. 44 y ss. «El nuevo delito político...», *op. cit.*, pp. 117 y ss. El Tribunal Constitucional también se ha referido al «efecto disuasorio», entre otras, en SSTC 121/1989, FJ. 2º y 190/1996, FJ. 3º, a.

¹³¹⁴ Con carácter general sobre la conexión entre la conducta prohibida y el ejercicio de la libertad de expresión, advierte FERRERES COMELLA: «El legislador puede, con plena legitimidad, prohibir “actos de expresión” que caen fuera de los límites del ejercicio legítimo de la libertad de expresión (e información). [...] Ahora bien, el legislador debe ser especialmente preciso al definir cuáles son las conductas prohibidas en esos casos. De lo contrario, puede ocurrir que muchos ciudadanos que desean ejercer su libertad de expresión no lo hagan, por temor a entrar en la “zona de peligro” y verse sujetos a sanciones. La imprecisión de la ley puede provocar un “efecto desaliento” sobre la libertad de expresión» (*El principio de taxatividad...*, *op. cit.*, p. 103).

mantiene «expresamente» es la sanción de una conducta que, en algunos casos, va a ser ejercicio legítimo de un derecho fundamental. El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 235/2007 lo advertía cuando ponía de manifiesto la «reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas» (FJ. 9º). Porque, *la conducta típica en principio sanciona eso, la pura difusión de unas ideas, y no lo que el Tribunal Constitucional ha deducido*. Pero, además, recuérdese que el art. 607.2 Cp. *castiga el negacionismo de cualquier hecho que en abstracto pueda reconocerse como «delito de genocidio»*. Por tanto, abarca el negacionismo del Holocausto, pero también a quienes negaran los «gulags» soviéticos, o, más allá, ¿podrá incurrir en delito quienes «justifiquen» las actuaciones de China sobre los nepalíes? ¿Y para quienes «justifiquen» el «alzamiento nacional» como una respuesta necesaria ante los desórdenes de la República? De hecho extraña que algún movimiento ciudadano no haya intentado ya encausar a Pío MOA por sus libros en aplicación de este precepto¹³¹⁵. *El «efecto disuasorio» que se genera, en relación con el déficit de determinación de la norma y la gran amplitud de su sentido típico sería, por tanto, otro elemento más que abona la insalvable ilegitimidad constitucional del art. 607.2 Cp.*

De manera que, a mi entender, al Tribunal Constitucional no le quedaba otra posibilidad que haber declarado la inconstitucionalidad de todo el precepto¹³¹⁶.

5.3.8. El discurso negacionista en el ordenamiento constitucional español

El Tribunal con esta sentencia vino a confirmar la que había sido su doctrina previa en asuntos conexos al discurso negacionista¹³¹⁷: la pura negación de un «hecho histórico», entre los que se incluye el Holocausto, estará amparada *prima facie* por la libertad de expresión, en relación con la libertad científica y con la libertad de conciencia. Nuestro modelo constitucional no permite excluir de

¹³¹⁵ Como se indicó anteriormente, parece difícil aplicar la calificación jurídica de genocidio del art. 607.1 Cp. a los crímenes del franquismo toda vez que el tipo penal no recoge los motivos «políticos».

¹³¹⁶ En este sentido, creo que valen aquí las palabras de J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 711: «la presencia de delitos de peligro abstracto como el del artículo 607.2º CP que consisten en violaciones de la ética social suponen una irregularidad que no puede ser corregida por vía dogmática, sino en sentido político-criminal mediante su descriminalización». *Vid supra* epígrafe 4.2.4 en este Cap., como la doctrina que apuesta por la abrogación del precepto.

¹³¹⁷ *Vid supra* epígrafe 2 en este Cap.

protección inicialmente, de la propia delimitación constitucional de estas libertades, a ideas o ideologías por su propio contenido.

De tal suerte que este tipo de discursos sólo podrán ser sancionados cuando excedan los límites antes mencionados a estas libertades, a saber: o por resultar instigadores (aunque sea en forma indirecta) para la comisión de genocidios o para la creación de un «clima de hostilidad» contra las víctimas; o por resultar «humillantes» o «vejatorios»¹³¹⁸. El Tribunal hacía además cierto hincapié a la hora de justificar que la «mera difusión» de una idea o ideología, aunque resulte inveraz, quedará en todo caso tutelada; pero otra cosa será cuando se aderece con «juicios de valor».

En sede de limitación de la libertad, la importancia de la sentencia radica en que *el Tribunal descarta que «todo» discurso negacionista del Holocausto sea «en sí mismo» instigador o humillante*¹³¹⁹. Es necesario «en concreto» verificar tales cualificaciones y, consecuentemente, entiendo que se deberá requerir que sean incluidos como elementos del tipo (de ahí que el Tribunal haya tenido que encontrar tal contenido «incitador» implícito para legitimar la conducta de «justificación» del genocidio). En contra de esta posición se sitúa particularmente el magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS, a cuyo entender «el llamado “negacionismo” es, *en sí mismo y cuanto menos, un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y así se presenta en cuantas ocasiones se produce en la realidad de quienes sostienen, por ejemplo, que el holocausto no existió y que sólo es propaganda sionista [...] como sostiene el Ministerio Fiscal, dichas actitudes van encaminadas a hacer surgir estados de opinión tergiversados sobre este hecho histórico» -cursivas mías-, las cuales «ciertamente» constituirían un peligro para nuestra sociedad*¹³²⁰. No se

¹³¹⁸ Es por ello que considero excesiva la afirmación de J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 254, de que «el discurso del odio se entiende amparado por la Constitución» «al rechazar que la negación del genocidio encaje en este tipo de discurso»; con lo que la estaría legitimando. A lo que añade que «[l]a evidencia empírica demuestra que todos los que niegan el genocidio son racistas antisemitas por lo que sus afirmaciones sólo se comprenden en el marco del citado discurso del odio».

¹³¹⁹ En particular, A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 96, afirma que a juicio del Tribunal el «negacionismo categórico» quedaría en un estadio previo al que justifica la intervención penal. Según G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo...», *op. cit.*, p. 133, «la relevancia práctica de la despenalización del negacionismo será previsiblemente limitada por cuanto la misma se refiere a la difusión “neutra” de ideas negacionistas, desprovista de cualesquiera valoraciones que puedan ser incriminadas mediante alguno de los tipos penales conexos y, generalmente, salvo casos aislados y marginales de tesis negacionistas puras, asépticas o académicas desconectadas de postulados ideológicos racistas o filonazis».

¹³²⁰ También a favor de entender que los discursos negacionistas constituyen «per se» una ofensa grave, *cfr.* J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 249, «comprobamos que el Tribunal no es capaz de comprender que la transmisión de determinadas ideas (contrarias a los fundamentos del orden constitucional, a la dignidad de la persona) implica

trata de castigar a un «historiador demenciado», expresaba este Magistrado, ya que en tal caso no concurría el «elemento tendencial» que, sin embargo, consideraba implícito en cualquier discurso negacionista¹³²¹. Algo que, por tanto, supone una cierta *contradictio in terminis*: si está implícito en toda expresión negacionista tal carácter «menospreciante» y «peligroso» como para poder formular un tipo de «mera conducta» sin incluir como elementos del tipo penal tales cualificaciones, ¿cómo se puede admitir entonces la hipotética existencia de «historiadores demenciados» en los que no concurren tal «intencionalidad»? ¿No resultarían cuanto menos objetivamente «vejatorias» si se ha presumido tal carácter en la «pura negación» aunque no existiera un ánimo difamador? Y, sin

per se la lesión de bienes constitucionales protegidos. La transmisión de la ideología nacional-socialista (u otras totalitarias o integristas) supone un ataque al orden constitucional y por ello lesiona valores esenciales de este. La democracia no sólo puede sino que debe defenderse de esos ataques (dejemos de lado el debate nominal sobre si la nuestra es militante o no) y el legislador penal está constitucionalmente legitimado (incluso tiene una obligación positiva) para establecer instrumentos de defensa». Añade el autor que «[e]l Tribunal no da argumentos convincentes para destruir lo que, más que una presunción, es la constatación de una evidencia histórica y de una realidad social y política: que quien niega el genocidio es un racista y lo hace con ánimo discriminador. Y sobre todo, que el resultado de esa conducta es, y será siempre, una ofensa para las víctimas». Otro de los autores que más firmemente se han posicionado a este respecto han sido A. H. CATALÁ I BAS y Z. PÉREZ I SEGUÍ para quienes «[l]a negación de un genocidio cuya existencia ha quedado claramente constatada, sin ningún resquicio para la duda, tal como el Holocausto, no puede merecer el calificativo de neutral» y concluye que «un hecho como el que nos estamos refiriendo, por si mismo, supone ya una incitación al odio a un grupo determinado, una humillación a las víctimas y una falta de respeto a la memoria debida a los asesinados» («La negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 193). Véase también, A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 99 ss. y p. 225). En similar sentido, A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 101, «[l]as teorías negacionistas contienen, en mi opinión, un mensaje al menos implícito de justificación de los genocidios [...]. El negacionista no es un estúpido, sino la expresión del más profundo grado de maldad que el género humano puede ser capaz de atesorar. Quien niega delitos de genocidio o llega a teorizar la negación con pretensiones de rigor científico desprecia a las víctimas». Concluye este autor afirmando que «[e]n la cabeza del negacionista hay odio» (p. 105). También, *vid.* M. L. SUÁREZ ESPINO, «Comentario a la STC 235/2007...», *op. cit.*, p. 8, para quien en las tesis negacionistas «lo que subyace es un fuerte antisemitismo y creencia en la superioridad de una raza sobre las demás» que resultaría peligrosa para la convivencia pacífica de las sociedades democráticas actuales.

Por el contrario, se sitúa en la posición aquí mantenida J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 337, según el cual «puede que esa sea la intención de algunos o incluso de muchos de los que difunden este tipo de panfletos, pero no tiene por qué ser así forzosamente». Véase también lo ya dicho a lo largo de la crítica en los apartados anteriores.

¹³²¹ Sostiene este Magistrado que «no se trata de castigar el resultado de una investigación de un historiador demenciado que llegara a la absurda conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento intencional alguno, y por lo tanto no resultaría punible, sino de poner coto, mediante la sanción penal, a la profusión de informaciones directamente encaminadas a minimizar o explicar hechos monstruosos de genocidio para romper la barrera de repugnancia social que impide su temible repetición».

llegar a un «historiador demenciado», ¿la exposición sin juicios ofensivos de tesis a favor de la no existencia de las cámaras de gas ha de ser considerada *per se* humillante?¹³²².

Es por ello que considero adecuada la posición mantenida por el Tribunal Constitucional al incluir dentro de la delimitación *prima facie* de la libertad de expresión al discurso negacionista, no dejándose llevar por la tentación de seguir en este extremo al TEDH y aplicarle una «guillotina» que por su propio contenido las excluya del ámbito inicialmente protegido¹³²³; y, en segundo lugar, comparto que se debe requerir una «verificación» en concreto del carácter humillante o incitador de las expresiones para poder proscribir un cierto discurso negacionista, de manera que deban ser recogidos como elementos del tipo penal (en abstracto), al no poder presumirse que todo discurso negacionista de un genocidio, ni tendencialmente ni objetivamente, revista tal cualificación (despreciativa o instigadora). En este sentido, he cuestionado en el apartado anterior que haya base suficiente para fijar un juicio de peligrosidad abstracta por incitar indirectamente a la comisión del genocidio a través de discursos negacionistas. Critico, como ya he señalado, que el Tribunal haya deducido implícitamente tal carácter «incitador» de toda justificación, ya que creo que pueden darse formas de justificación que no incluyan ni tal virtualidad instigadora ni ese ánimo. El discurso negacionista, como se vio en el Capítulo 1, suele ser una construcción compleja sobre la que difícilmente se puede extraer la genérica presunción de su contenido vejatorio o incitador porque sea una «pura negación», «justificación» o una relativa «banalización». Cualquiera de esas conductas puede terminar suponiendo un menosprecio o una incitación encubierta, pero tampoco puede presumirse que en todo caso vayan a incluir tales connotaciones. No entro ahora en la conveniencia de *lege ferenda* de la sanción del negacionismo, sino que, por el momento, simplemente he tratado de extraer las consecuencias de esta sentencia con sus puntos fuertes y débiles.

¹³²² A este respecto, afirma TAJADURA TEJADA que «la realidad nos confirma que no existen conductas negacionistas que no persigan de una u otra suerte crear un clima de hostilidad hacia las víctimas. Y con independencia de lo que persigan o no, lo cierto es que de forma objetiva ofenden su dignidad» («Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 251).

¹³²³ J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 254, critica este alejamiento de Europa. *Cfr.* también A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 194, para quienes «[n]o se trata de una cuestión de democracia militante que busque la adhesión positiva a la Constitución, tal como se exige en Alemania, ni intentar implantar el pensamiento único. Pero hay otro modelo de democracia militante, la que deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que exige simplemente la adhesión a la democracia de tal suerte que ideología política, proyecto político y medios para ponerlos en marcha han de ser compatibles con la democracia».

6. Pero la cuestión sigue abierta: *Roma locuta, causa «non» finita*

6.1. El cierre en instancia del caso Varela y otra jurisprudencia posterior a la sentencia del TC (casos Librería Europa II y Librería Kalki)

La sentencia del Tribunal Constitucional, como se ha visto, realizó una interpretación constitucionalizada del delito del 607.2 Cp. por la cual venía a dotarlo de un contenido ofensivo como forma de «incitación indirecta» al genocidio, que va más allá del derivado de su tenor literal. Sin embargo, el Tribunal simplemente situaba el «marco» de la legitimidad constitucional, pero no definía en concreto la más adecuada interpretación del precepto entre las posibles –algo que excede de su competencia-. De ahí que sea ahora particularmente importante acudir a la jurisprudencia ordinaria para ver cómo ésta ha interpretado el precepto.

6.1.1. El cierre en instancia del caso Varela tras la respuesta del Tribunal Constitucional: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 5 de marzo de 2008

Resuelta la cuestión de inconstitucionalidad, la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª) decidía este primer proceso por el caso Varela (o Librería Europa) en su sentencia de 5 de marzo de 2008. Se trata, por tanto, de la resolución del recurso de apelación frente a la originaria sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia de Barcelona¹³²⁴.

En la «valoración de la prueba» es interesante reseñar que la Audiencia mantuvo, ante la alegación del Sr. VARELA, que *no había «ninguna razón para considerar que la venta de libros no sea una forma de difundir las ideas contenidas en los mismos*, por lo que no puede prosperar su petición haciendo constar que no se dedicaba a la difusión de las ideas contenidas en los libros y el resto de material que ponía a la venta» -cursivas mías- (FJ. 2º). Añadía, además, que «se desprende con claridad que gran parte del material intervenido profería expresiones ofensivas y denigratorias para la raza judía» y concluía, sobre la valoración de los hechos probados, que *«la difusión de dicho material, en su conjunto, incitaba aunque fuera de forma indirecta al odio a la comunidad judía»* -cursivas mías- (FJ. 2º). Pero, sin embargo, se mostraba de acuerdo con el recurrente «en que puede ser responsable del material que vende o difunde a través de la librería, pero no de

¹³²⁴ Sentencia Juzgado de lo Penal n. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998.

la ideología de las personas que acuden a la misma. En todo caso, en la sentencia de instancia no se aporta ningún dato del que poder deducir que los clientes de la Librería Europa eran defensores de la violencia como método de resolución de los conflictos».

En cuanto a la interpretación de la STC 235/2007, la Audiencia realizaba en primer lugar un repaso descriptivo de los argumentos de la misma (FJ. 3º); aunque lo más relevante sería la aplicación que a la luz de estos haría de los correspondientes delitos. En primer lugar, *la Audiencia planteaba la concurrencia del delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 Cp.* (FJ. 4º). Recogía dos posibilidades interpretativas planteadas por la doctrina: a) Considerar que no se trata de una provocación en sentido técnico (art. 18 Cp.) directamente encaminada a la perpetración de un delito de discriminación, y que habría que interpretarlo de manera restrictiva aplicándolo sólo cuando los destinatarios de la provocación o no tuvieran autonomía suficiente (menores) o se diera una situación de crisis extrema. b) Como forma de provocación según las exigencias del art. 18 Cp., directa y pública a cometer actos constitutivos de delito. En cualquier caso, las diferentes lecturas del precepto llevan a exigir que se defina como una forma de «provocación directa», para diferenciarlo del art. 607.2 Cp. Así entendido, como forma de «provocación directa», *concluía la Audiencia que «en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia tan solo se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se menciona ningún dato que permita atribuir al acusado una conducta de incitación directa a la realización de las conductas mencionadas»* -cursivas mías-. En consecuencia, absolvía al Sr. VARELA de este delito al considerar que no concurrían los requisitos típicos para apreciarlo.

A conclusión distinta llegaba la Audiencia con respecto *al delito de «justificación pública del genocidio» del art. 607.2 Cp.* Cito de forma completa el párrafo que sintetiza su posición: «Parece claro que, de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, *una vez que han sido eliminadas todas las referencias a las llamadas doctrinas negacionistas, es patente que siguen existiendo razones para aplicar el tipo penal previsto en el art. 607.2 del Código Penal, toda vez que el contenido general de las publicaciones y materiales distribuidos por el acusado se aprecia, sin ningún género de dudas, una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéricamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad, que como ha dicho el Tribunal Constitucional, es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)*» -énfasis míos-.

Así interpretado el contenido ofensivo del art. 607.2 Cp., se despiertan importantes dudas. La Audiencia empezaba apreciando que «elimina» de su consideración todas las referencias a las «doctrinas negacionistas»; una «cláusula de salvaguarda» que incluye la Audiencia para tratar de evitar que se tache que con su decisión ha castigado aquello que el Tribunal Constitucional llama la pura «adhesión ideológica». Tiene por tanto lógica la afirmación de la Audiencia, pero al mismo tiempo pone de manifiesto la debilidad y el carácter confuso de los «cánones» fijados por el Tribunal Constitucional. Las «doctrinas negacionistas», como se ha tratado de poner de manifiesto aquí, son muy complejas, y lo que merece es entrar a su contenido concreto para valorar su carácter ofensivo.

En realidad es eso lo que hace entonces la Audiencia, que en una valoración del «conjunto» de publicaciones y materiales al final encuentra una «voluntad inequívoca» de denigrar, que a su vez puede constituir una incitación indirecta a la discriminación. Y es aquí la parte que veo más problemática. Siguiendo una lectura literal de la propia sentencia de la Audiencia, resulta que la subsunción en la norma del art. 607.2 Cp. vendría dada porque se trata de la «difusión» de unas publicaciones y materiales cuyo «contenido» es denigrar a la comunidad judía y con ello «incitar» indirectamente a la discriminación o al odio. Pero, reitero, una primera lectura de las palabras de la sentencia llevaba a entender que tal voluntad inequívoca de denigrar (y la consiguiente de incitar) no se deduciría de la «difusión» del librero, sino del «contenido» de las publicaciones. El matiz es importante: no es lo mismo escribir un libro con voluntad de denigrar a un grupo social y con él pretender incitar al odio, que difundirlo porque uno es un librero. En este caso puede ser que el librero, aunque lo venda, no pretenda con ello ni denigrar ni instigar al odio. Entonces, ¿cuál sería el dolo exigible al librero? Y, ¿dónde queda el juicio de «culpabilidad»?

Por otro lado, tampoco queda suficientemente justificado en la sentencia que del contenido denigratorio se tenga que deducir de forma necesaria su condición de «incitador» de forma indirecta. De hecho, la Audiencia no formulaba ningún tipo de juicio sobre la «idoneidad» de tal conducta ni para suscitar actos de discriminación ni para generar un clima de hostilidad contra los grupos¹³²⁵. Y es que la Audiencia parece ver la forma ofensiva del delito más como una suerte de «injuria» por su carácter denigrante, que como un tipo de «instigación». De ahí que enfatice en primer lugar el carácter denigrante de los contenidos.

¹³²⁵ Aunque se entienda como un delito de peligro abstracto, pudiera ser conveniente plantearse en un juicio *ex ante* si la conducta típica (justificar el genocidio) resulta absolutamente inidónea para dar lugar a tal atmósfera hostil. Sin embargo, directamente concluye que de la voluntad inequívoca de despreciar a la comunidad se deriva de forma indirecta la incitación a la discriminación.

En último lugar, la Audiencia rechazaba la aplicación del instituto de la «continuidad delictiva». Recogía la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la cual para delitos de «mera actividad, de peligro abstracto y de efecto permanente» no sería posible aplicar el delito continuado. A este respecto entendía la Audiencia que «en el delito de difusión de doctrinas justificadoras del genocidio no existe un momento consumativo como en el llamado delito instantáneo, sino un período durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad del sujeto, el delito se sigue consumando en todo momento, y, por tanto, no le son de aplicación las reglas de continuidad delictiva del art. 74». La Audiencia sí que apreciaba la concurrencia de la atenuante muy cualificada por dilación indebida.

En síntesis, a la luz de esta sentencia el delito del art. 607.2 Cp. quedaría configurado como un delito de mera actividad y peligro abstracto por la «justificación pública del genocidio», a través de la «difusión» de materiales o publicaciones negacionistas, con la particularidad de que en tal conducta típica debe constatarse la concurrencia de una «instigación indirecta» a una genérica discriminación u odio hacia grupos, como elemento implícito configurador del contenido injusto y, por tanto, sobre el que debe recaer también el dolo del sujeto activo. El «resultado lesivo temido» no es tanto la generación del clima sino la idoneidad (*ex ante*) para que se cometan actos de discriminación o violencia. En tal sentido, la Audiencia ponía un notable énfasis en valorar el contenido denigratorio de las publicaciones, algo que, en principio, no sería un elemento caracterizador del injusto, aunque podría coadyuvar a través del desprecio a que al final se dieran tales actos de discriminación contra esos grupos.

Tras esta decisión, el Sr. VARELA recurrió en amparo la sentencia siendo rechazada el 22 de abril de 2009 por el Tribunal Constitucional. Posteriormente recurrió al TEDH el cual ha condenado a España por violación del art. 6 §§ 1 y 3 (a) y (b), al considerar que no se había respetado la exigencia de notificar los cambios en los cargos que se le imputaban para preparar adecuadamente su defensa tras la sentencia del Tribunal Constitucional¹³²⁶.

¹³²⁶ STEDH (Sección 3ª) de 5 de marzo de 2013, asunto Varela Geis c./ España.

6.1.2. El caso «Librería Europa II», de nuevo a vueltas con el Sr. VARELA: Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 26 de abril de 2010

Poco después de que quedara concluido su primer proceso, el Sr. VARELA volvía a enfrentarse a una nueva condena por la prosecución de su actividad en la Librería Europa. Especialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona constituye un excepcional y ejemplar intento interpretativo del delito.

Los hechos son muy parecidos a los que dieron origen al primer caso. El Sr. VARELA se habría dedicado desde 2006 a vender y difundir de forma habitual a través de la mencionada librería Europa libros y publicaciones «que enaltecen y justifican el genocidio cometido por el III Reich de Hitler contra el pueblo judío y otras minorías y libros y publicaciones que menosprecian a otras razas o etnias, mujeres, homosexuales y personas con alguna discapacidad» (Hechos Probados, 1º, sentencia del juzgado de Barcelona). Además se recoge en los hechos probados que en la sede de la librería se habían realizado ciclos de conferencias sobre este mismo tipo de contenidos. Se hace notar en la sentencia que la sala de la librería estaba decorada a base de «fotografías de Hitler, León Degrelle» y otros elementos de estética nacionalsocialista.

A. La sentencia del Juzgado Penal de Barcelona al caso Librería Europa II: confusa aplicación de los delitos del art. 607.2 y del art. 510 Cp. como figuras de mera conducta y peligro abstracto y un elemento subjetivo situado en la voluntad de «adoctrinar»

El Juzgado de lo Penal de Barcelona condenaba al Sr. VARELA en este asunto por «un delito de genocidio, en su modalidad de difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio, previsto y penado en el artículo 607.2 del Código Penal, en concurso real con el delito previsto y penado en el artículo 510 del mismo texto, relativo a los delitos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución» (FJ. 1º).

En lo referido al art. 607.2 Cp., fundaba su decisión en que «un hecho aislado no sería constitutivo de delito, sino que es la suma y concurrencia de todos los puntos señalados anteriormente, lo que hace delictiva la conducta del acusado. Es decir edita libros de un determinado sesgo ideológico, los vende, organiza, divulga una serie de conferencias, tiene una estética determinada en su sala de conferencias y librería de un contenido que menosprecian a una colectividad, como

es el pueblo judío, con intención de discriminarlos, y basta esta mera difusión para consumir el delito, puesto que el delito contemplado en el artículo 607.2 es de mera actividad». El Juez entendía que tales contenidos no quedarían protegidos por la libertad de expresión ya que «nuestro ordenamiento jurídico que ampara la libertad de expresión no ampara el discurso del odio» (FJ. 1º).

Es interesante bucear aunque sea mínimamente en los elementos de juicio que le llevaban a adoptar tal decisión. El Juez consideraba que en la librería sólo se difundía un tipo de libros, «son unidireccionales en cuanto a su contenido, con una absoluta falta de pluralidad» (FJ. 1º). De esta manera salía así al paso de la defensa del Sr. VARELA que había alegado que libros como los que él vendía se podían también encontrar en El Corte Inglés o en la Casa del Libro. Sin embargo, al entender del Juez de Barcelona, que en tales establecimientos también se pudiera comprar algunos de estos libros no «es en ningún caso equiparable con la librería Europa, puesto que en estos establecimientos junto a estos libros pueden ser encontrados libros de temática del siglo XX de distintas formas de pensamiento y no abrumadoramente, con muy pequeñas excepciones, *dirigidos a un adoctrinamiento de los lectores. En el Corte Inglés o en la Casa del Libro el pluralismo ideológico está garantizado, no como ocurre en la librería regentada por el señor Varela*» (FJ. 1º) -cursivas mías-. Asimismo, ante el argumento de la defensa de que en España no hay libros prohibidos, concluía el Juez que «comparte la idea de que cada persona tiene derecho a pensar lo que quiera. Pero *no cabe adoctrinar en el racismo, en la discriminación de minorías, en el antisemitismo o en la difusión del odio a los diferentes*, a través de una actividad profesional como realiza el acusado» (FJ. 1º) -cursivas mías-. Una idea en la que volvía a insistir en relación a las conferencias: «la falta de pluralismo, y además con una *clara intención de adoctrinamiento*, como se deduce de la conducta del acusado de felicitar por la compra de un libro determinado, a un comprador, que resultó ser el agente 8542, acompañando la felicitación con una invitación clara de acudir a una conferencia del mismo sesgo ideológico» (FJ. 1º) -cursivas mías-. Elementos que el juzgador también encontraba en el «contexto estético de la sentencia».

Por lo tanto, el reproche en el que el Juez sustenta la sanción del art. 607.2 Cp., no es por la «difusión» de unos contenidos justificadores del genocidio, sino por llevar a cabo una actividad general de «adoctrinamiento» en un ideario racista y discriminador. No parece importar en la sentencia si existió un ánimo de «incitar» a que se discriminen, ni una «idoneidad» de sus conductas para lograrlo. El fundamento del reproche, reitero, es que con tal labor de difusión pública de contenidos justificadores del genocidio, pero en general racistas y discriminadores, se pretendía «adoctrinar».

La sentencia del Juzgado de Barcelona ignoraba absolutamente la STC 235/2007. No es sólo que no la mencionara, sino que directamente no la consideró en la interpretación del art. 607.2 Cp. «Adoctrinar» no es lo mismo ni puede ser asimilado a «incitar»; de hecho, el ánimo de «adoctrinar» se identificaría más con aquello que el Tribunal Considera había considerado intangible en tanto que supone la mera adhesión ideológica. Si la «adhesión ideológica» a cualquier tipo de ideología y la expresión de la misma está protegida constitucionalmente, lo lógico es que también la intención de captar «adeptos» a la misma lo esté. Cuestión distinta es «incitar» a que se ejecuten actos ofensivos¹³²⁷.

Pero la sentencia fue más allá y consideró *también de aplicación, en un concurso real, el art. 510.1 Cp.* Según el Juez los bienes jurídicos tutelados en una y otra norma serían distintos: mientras que el art. 607.2 Cp. iría referido a la «comunidad internacional en su modalidad de convivencia pacífica entre los distintos grupos humanos»; el art. 510.1 tutelaría «la igualdad y la no discriminación» (FJ. 3º)¹³²⁸. El Juez consideraba de aplicación el delito del art. 510.1 Cp. porque de los contenidos de las publicaciones se podían extraer «ideas que provocan a la discriminación, al odio o a la violencia de determinadas colectividades, ya sean personas de raza distinta a la blanca, homosexuales, discapacitados, o incluso mujeres» (FJ. 1º).

No estimó la «continuidad delictiva» ya que entendía que se desnaturalizarían los delitos de mera actividad, «sin perjuicio de que se pueda tener en cuenta la realización de una pluralidad de actos a la hora de imponer la pena» (FJ. 2º).

Las penas impuestas fueron de un año y tres meses de prisión, y de un año y seis meses de prisión y multa de ocho peses, respectivamente por ambos delitos de los arts. 607.2 y 510.1 Cp. Llama la atención la escasa diferencia de penas impuestas por uno y otro delito a pesar de la diferencia de gravedad de las conductas.

A la luz de esta sentencia el art. 607.2 Cp. quedaría configurado como un delito de mera actividad y peligro abstracto que se consumaría con la «difusión» de

¹³²⁷ Por ejemplo, creo que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, quedaría amparado un discurso que «adoctrinara» a favor de la «segregación racial» como un ideal político que llevara a que en España se reformara la Constitución para establecer un régimen e «apartheid». Otra cosa es que el discurso al final se transformara en un intento de instigación a cometer actos de discriminación o a generar un clima de rechazo de ciertas personas. La línea fronteriza es muy sutil, pero traza un límite de particular importancia para comprender lo constitucionalmente protegido de aquello proscrito.

¹³²⁸ Así entendido, y habiendo unidad de hechos, más bien el Juez tendría que haber estimado un concurso ideal, no real (este último requeriría considerar pluralidad de hechos).

contenidos justificadores del genocidio y que requeriría un dolo que alcanza no ya la mera difusión de tales contenidos, sino la voluntad de «adoctrinar» con ellos.

B. La sentencia en apelación de la Audiencia Provincial de Barcelona: un abanico de posibilidades interpretativas encima de la mesa. El delito del art. 607.2 Cp. como figura de peligro abstracto fundada en la idoneidad para generar en otros actitudes de hostilidad contra grupos por la difusión (pública) de ideas justificadoras del genocidio

La Audiencia Provincial en esta sentencia acometió un profundo estudio para tratar de aclarar, en el marco dado por el Tribunal Constitucional, el contenido del injusto del delito del art. 607.2 Cp. y los elementos que lo caracterizan.

En cuanto a la interpretación de los hechos, indicaba la Audiencia de Barcelona que basta la lectura de los textos que se incluyen en los hechos probados y de las conferencias «para observar que en ellos no solo se difunden tesis negacionistas, sino que se exalta la primacía intelectual de la raza blanca, se menosprecia a negros o judíos [...], se apuesta por la segregación racial [...] y por la eliminación de los seres tarados y enfermos incurables, esgrimiendo argumentos, incluso biológicos, que justificarían la eliminación o el sometimiento de estos pueblos, etnias o personas *lo cual, equivale objetivamente a una incitación, por lo menos indirecta y subliminal, a la discriminación*» (FJ. 3º) –cursivas mías-.

A partir de ahí, la sentencia venía entonces a describir el «*fundamento político criminal del delito del art. 607.2*». En tal sentido, advertía que «el Derecho Penal mira al futuro por lo que la razón de la prohibición bajo pena de la difusión de estas ideas no es evitar bajo pena que se niegue o dude del Holocausto Judío sino evitar que pueda volver a repetirse un espanto como aquél que denigra a toda la especie humana». De tal manera que estaría justificado políticamente el adelanto de las barreras punitivas «incriminando, no la mera adhesión ideológica, no la edición y venta de obras de Hitler o e personajes como León Degrelle, no el cuestionamiento de hechos históricos, sino la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen (biológica, política, filosófica o económicamente) “cualquier tipo de genocidio”, y precisamente porque no pertenecen solo al pasado sino que, dada la naturaleza humana, *su proyección posible no es descartable, el legislador penal entiende que es siempre peligroso (peligro abstracto) la difusión de las ideas y doctrinas que justifican tal barbarie*» (FJ. 3º) -cursivas mías-. Y reconocía que es precisamente porque se puede entrar en colisión con la libertad ideológica en este

ámbito, por lo que no cabe censura previa y en principio se han de poder editar y vender cualquier libro.

A partir de aquí, y reconociendo su vinculación a la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, asumía su función de «fijar el alcance y el contenido de los tipos penales» según los criterios hermenéuticos que deben presidir la función de aplicación de las leyes (FJ. 4º).

Entrando en el análisis del contenido del art. 607.2 Cp. a la luz de la sentencia constitucional, concluía que hay consenso doctrinal en interpretar este delito como una figura de «peligro abstracto», sobre la que el acusado podría probar en el caso en concreto que su conducta carecía de peligrosidad en un juicio *ex ante*¹³²⁹ (FJ. 6º). De tal manera que, como primera aproximación, nos encontraríamos con un delito de peligro abstracto en el que la conducta prohibida consiste en la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes genocidas. No obstante lo cual, se abren entonces unos «puntos controvertidos» que la propia sentencia reconoce: a) definir el bien jurídico y su posible afectación (peligro) por la realización de la conducta; b) el sentido a proporcionar a la expresión «difundir ideas o doctrinas» por su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión y de información; c) el sentido a proporcionar a la expresión típica «justificar el genocidio» o «pretender la rehabilitación de regímenes que lo amparen» por su posible colisión con la libertad ideológica (FJ. 6º).

Como punto de partida asume dos lugares comunes: el primero, que el art. 607.2 Cp. no puede ser calificado como apología del genocidio en sentido estricto según el art. 18.1 Cp. porque se solaparía con el art. 615: «el artículo 607.2 no puede ser interpretado como forma de apología –ergo de provocación- como la define el artículo 18.1 CP.» (FJ. 6º). El segundo, que el art. 607.2 Cp. no puede sancionar la «simple exteriorización pública de una opinión, por reprobable ético socialmente que resulte» (FJ. 6º).

La sentencia pretendía entonces «dotar de sentido material al precepto», el cual debía ser necesariamente restrictivo por estar en juego libertades fundamentales. Además, la Audiencia reconocía que tampoco sirve recurrir al

¹³²⁹ Dice la sentencia que «[e]sta exclusión del peligro *ex ante* no debe, sin embargo, inducir al error de que falte el tipo cuando se demuestre que a posteriori no resultó peligro concreto porque, de admitirlo así, se borraría la diferencia entre delito de peligro abstracto y delito de peligro concreto y se distorsionaría el fundamento político criminal de los delitos de peligro abstracto que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesivas (peligro estadístico)». A lo que añade: «la lesividad material de la conducta (antijuridicidad material) viene determinada por la propia realización de la misma y deberá afirmarse siempre que no se pruebe que el peligro inherente a la misma ha sido excluido *ex ante*, extremo que, como hemos dicho, deberá ser acreditado por el acusado» (FJ. 6º).

expediente de considerar que se trata de un delito de peligro abstracto, como «presunción iuris et de iure de peligrosidad para ciertos colectivos» (FJ. 6º). A estos efectos, repasaba en primer lugar el referente comparado de este delito en Alemania, para abrir después las tres principales posiciones doctrinales en España en cuanto a la interpretación del art. 607.2 Cp.:

a) Aquellos que encuentran el contenido material del delito en que las conductas presenten una «idoneidad ex ante para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del grupo». Estas conductas de no existir el art. 607.2 Cp. quedarían recogidas en el 510 Cp. Ahora bien, exigiría para su aplicación que existiera o se creara un «clima social» -«contexto de crisis»- con grupos especialmente debilitados que pudieran ser objeto de una agresión a gran escala. La Audiencia rechazaba esta propuesta porque no sería posible inferir del tipo la exigencia del «contexto de crisis», ni tampoco parece corresponderse ni con el propósito del legislador ni de la propia ley ni con la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional. Esta teoría llevaría a que los hechos fueran atípicos toda vez que España actualmente no se encuentra en esa «antesala del Holocausto».

b) Quienes consideran que las conductas han de ser «idóneas ex ante para crear y alimentar un caldo de cultivo susceptible de generar en sectores sociales de extrema derecha no democrática actitudes hostiles, de violencia y odio, hacia aquellos colectivos». El fundamento del precepto sería evitar ese «contexto», aquella «antesala de la antesala de la violencia».

c) De manera similar con la anterior, la esencia de la ilicitud residiría en «el mensaje de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio», por lo que el precepto debería ser interpretado en el sentido de delito de peligro de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad». La idoneidad, como en el art. 510 CP, iría referida a la creación en otros de actitudes de hostilidad hacia el colectivo afectado.

Esta perspectiva conectaría, a juicio de la Audiencia, con la referencia del Tribunal Constitucional al «peligro cierto de generar clima de violencia», y la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta erradicaría en la «difusión pública» de tales doctrinas justificadoras.

La Audiencia asumía esta última interpretación del contenido injusto del precepto y se disponía a desgranar en qué medida la conducta del Sr. Varela entraba dentro del tipo (FJ. 7º). A este respecto, hacía varias anotaciones de

interés. Por ejemplo, señalaba la Audiencia que «la exposición, aun pública de ideas o doctrinas (escribiendo o editando o dictando o patrocinando conferencias) [filonazis o negacionistas] cumpliría solo una parte del tipo del artículo 607.2». Advertía, eso sí, que podrían constituir un delito de injurias en el caso de que con ellas se violara el honor de las víctimas. Sin embargo, el bien jurídico del art. 607.2 Cp. sería la «dignidad humana» pero concebida ésta como bien jurídico supraindividual e incluso supraestatal¹³³⁰. De tal suerte que la difusión de este tipo de escritos podría dar lugar en concurso ideal a un delito de injurias y al delito del art. 607.2 Cp.

En segundo lugar, la Audiencia apreciaba que el contenido de las ideas difundidas «no se limitan a pontificar sobre la “supremacía de la raza blanca” o a cuestionar un hecho histórico como lo fue el Holocausto, *sino que justifican el genocidio subliminalmente a veces, directamente otras, [...] se incita de manera indirecta a la discriminación y aun a tomar medidas drásticas, violentas y a veces definitivas contra determinados grupos de seres humanos*». Por tanto, las ideas que se difundan han de tener carácter «justificador del delito», «pues solo esta valoración positiva, aun siéndolo utilizando vericuetos, de hechos execrables presenta una idoneidad ex ante para generar un peligro al bien jurídico protegido en el precepto» (FJ. 7º). Añadía además que sólo la «justificación» tendría un alcance tal como para extraer de la misma la «capacidad de humillar, menospreciar o generar hostilidad» que funda este delito. Aclaraba que de los hechos probados se ponía de manifiesto que el Sr. VARELA conocía y tuvo la intención de justificar al odio racial y étnico.

El último elemento típico a considerar sería la «difusión» dada a tales ideas o doctrinas justificadoras del genocidio. A juicio de la Audiencia es en la «difusión» en donde se residenciaría la «capacidad objetiva ex ante de poner en riesgo (de lesión) el bien jurídico protegido, esto es la dignidad de los seres humanos [...] y su correlativo derecho a no ser discriminado (lesividad material de la conducta)». La Audiencia encontraba así en la «difusión» el «plus» necesario para adquirir

¹³³⁰ Afirma la sentencia que tras el Holocausto, «la comunidad internacional hizo suyo el principio, desde entonces universal, de que la dignidad y su correlativo derecho a la no discriminación es patrimonio inherente a todo ser humano por el solo hecho de pertenecer a la especie del benévolamente denominado “homo sapiens”, con lo cual elevó a la categoría de bien jurídico supraindividual y aun supraestatal la dignidad de todo ser humano, sea cual fuere su raza, etnia, nacionalidad, sexo o capacidades físicas o psíquicas y su correlativo derecho a no ser discriminado, razón por la cual exhortó a los países que la integran a proteger de manera autónoma y efectiva, incluso bajo pena, no solo toda violación grave de dicho derecho sino incluso el peligro de la misma» (FJ. 7º).

relevancia penal de la conducta de justificar ideas o doctrinas genocidas (FJ. 7º)¹³³¹.

Es por ello que confirmó la condena en primera instancia por el delito del art. 607.2 (FJ. 7º). No ocurre lo mismo con el art. 510 Cp., el cual la Audiencia consideró que no sería aplicable. Trazaba entonces las líneas divisorias entre las distintas figuras afines. Al entender de la Audiencia de Barcelona «entre la materia de prohibición del artículo 607.2 CP, que representa el máximo de adelantamiento de las barreras de protección penal, y la apología del genocidio del artículo 615 CP, se inserta, si bien en título distinto, la conducta prohibida en el artículo 510 CP que, siendo también exponente del adelantamiento de las barreras de protección penal, debe, por lógica sistemática, ser menos que la apología pero más que la difusión de ideas o doctrinas genocidas». Se trataría por tanto de «una prohibición sucesiva y gradual de conductas genocidas o relacionadas con el genocidio (discriminatorias)» (FJ. 8º).

En la interpretación del art. 510 Cp., la Audiencia planteaba también varias posibilidades: a) Contexto de crisis, como con el art. 607.2 Cp. –descartada por los mismos argumentos allí aducidos-; b) incitación directa y pública a cometer un hecho delictivo –incluso el odio debería traducirse en conductas delictivas como las injurias, amenazas, etc.-; c) incitación directa y pública, pero el objeto no debía ser delictivo. Para limitar el ámbito se exigiría que incentivara «actitudes de auténtica hostilidad», de tal forma que «la generación directa de actitudes hostiles en los receptores del mensaje constituya la “antesala de la violencia”». Ello se traduciría en exigir un «peligro real y próximo», frente al peligro potencial («remoto o posible») del art. 607.2 Cp., de generación de hechos violentos o discriminatorios contra el grupo (FJ. 8º).

¹³³¹ Entendía que «[e]ste plus lo constituye el hecho de difundir (que es algo más que escribir, editar o vender) aquél mensaje en condiciones y situaciones que suponga en sí misma un peligro para la dignidad de toda persona humana y de los colectivos determinados que pueden verse afectados (peligro potencial) por un mensaje indirecto o subliminal de violencia o menosprecio y, por lo tanto, para la comunidad internacional que ha hecho de ello y de la no discriminación por razón de raza, etnia, religión, etc., piedra de toque (bien jurídico protegido)». Y concluye: «Es precisamente esta “difusión” la que posee en sí misma el potencial lesivo para el bien jurídico en cuanto posibilita objetivamente, presentándolas como legítimas y/o necesarias, la reafirmación y el renacimiento de unas ideas y doctrinas que han originado las más grandes vergüenzas que la historia de la humanidad debe cargar sobre sus espaldas, y lo hace en un país en el que por su historia reciente las ideologías fascistas y la extrema derecha no democrática *continúan representando potencialmente un peligro cierto y en una situación social (incremento de la inmigración de etnias bien definidas) que ha dado ya lugar a episodios xenófobos, en la que resucitarlas constituye una incitación indirecta a la violencia (peligro potencial)*» (FJ. 7º) –cursivas más-.

Por cualquiera de los caminos interpretativos concluía la Audiencia que la conducta del Sr. VARELA no sería subsumible en el tipo penal del art. 510 Cp.: «*la incitación debe ser directa, es decir, clara y explícita, sea a la comisión de un delito concreto, sea a actitudes de auténtica y real hostilidad y desde luego ello no puede predicarse de los hechos llevados a cabo por el acusado (difundir aquellas ideas y doctrinas justificadoras) que, desde cualquier perspectiva jurídica, suponen exclusivamente una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor) y no un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo o raza, por mucho que se les llame parásitos, ratas o inferiores. Y ello naturalmente al margen de que la conducta del acusado tampoco sería idónea para generar el exigido peligro cierto, real y próximo, de hostilidad en relación a ninguno de los grupos, razas o etnias a las que se referirían las ideas y doctrinas difundidas (judíos, moros, negros, discapacitados y mujeres)*» (FJ. 9º) -cursivas mías-. En consecuencia anulaba la sentencia de primera instancia en este punto.

Además, advertía que, de haberse dado una concurrencia de ambos tipos penales, no sería legítimo considerar un concurso real. *Se podría plantear si se trataba de un concurso de leyes (en el caso de que se entiendan como figuras con el mismo bien jurídico pero «sucesivas en relación a la entidad y proximidad del peligro (de lesión)»; o de un «concurso ideal» de infracciones, al lesionarse con unos mismos hechos diversos bienes jurídicos. Tampoco sería de apreciación al continuidad delictiva.*

Como síntesis de esta didascálica sentencia, podría extraerse la siguiente configuración típica: el art. 607.2 se trataría de un delito de mera conducta y peligro abstracto por la difusión pública de contenidos justificadores del genocidio, de tal suerte que el dolo de la conducta debería abarcar estos términos (difundir un contenido justificador del genocidio), y, como mucho, la intención de hacer surgir en otros actitudes de hostilidad o violencia contra los grupos (en tanto que forma de instigación indirecta). El fundamento del injusto se residenciaría en la idoneidad para crear en otros actitudes de hostilidad hacia tales grupos, pero sin admitir una presunción *iuris et de iure* de la ofensividad de la conducta. De manera que para descartar la aplicación del mismo sería necesario poner de manifiesto la absoluta inidoneidad de la conducta típica en un juicio *ex ante* para generar tal peligro, «cierto» pero «remoto», de que se generara el susodicho clima de hostilidad en el que otros realizaran actos de discriminación o violencia contra el grupo. El bien jurídico protegido sería la «dignidad humana» como bien jurídico supraindividual y supraestatal. Este delito se situaría en una posición secuencial como el grado mayor de adelanto punitivo con los arts. 615 y 510 Cp.

6.1.3. El caso «Librería Kalki»: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n. 259/2011, de 12 de abril

En octubre de 2009, un año antes de que la Audiencia Provincial de Barcelona hubiera conocido en apelación del caso Librería Europa II, la sección 10ª de esta misma Audiencia Provincial conoció en primera instancia de otra causa también contra un librero filo-nazi por difundir materiales con ideas genocidas. Es el conocido como «Librería Kalki», el cual ha adquirido particular relevancia, más que por la sentencia de la Audiencia, por la posterior sentencia en apelación ante el Tribunal Supremo¹³³².

En los hechos probados de la sentencia se fija que el acusado «en su condición de propietario y administrador del establecimiento Librería Kalki [...] procedió a la *distribución y venta de todo tipo de publicaciones* en las que se disculpan los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por el régimen del Tercer Reich de la Alemania nazi contra el pueblo judío nazi y otras minorías, *con exaltación y justificación del régimen nazi*, así como otras publicaciones que *incitan a la eliminación del pueblo judío y que tienen por finalidad generar discriminación*, odio e incitar a la violencia tanto contra el pueblo judío, y se propugna la reinstauración de regímenes totalitarios basados en la supremacía de una raza disculpando el exterminio o la exclusión de las demás, propugnando asimismo la discriminación e incitando al odio contra otros grupos de personas como los negros, los homosexuales, los enfermos y dementes». Añadía además que el acusado «*llevaba a cabo su actividad de librero* efectuando la distribución y venta de las publicaciones cuyo contenido parcialmente se reproducirá a continuación, *con plena conciencia de ello y voluntad de generar un estado de opinión favorable al nazismo*, por ser seguidor del régimen nacional socialista, ostentando el cargo de delegado en Cataluña de la asociación Círculo de Estudios Indoeuropeos, en adelante C.E.I., asociación autodefinida como nacionalsocialista» (Hecho probado 1º) –cursivas mías-. Llamo únicamente la atención sobre el último elemento enfatizado en cursiva referido al dolo, en la medida que la Audiencia Provincial daba por probado el contenido justificador e instigador del genocidio de las publicaciones difundidas, y, en cuanto al dolo del sujeto, constataba que éste difundía tales contenidos con conciencia y voluntad «de generar un estado de opinión favorable al nazismo». Dejo una duda abierta antes de entrar a la aplicación del tipo que han hecho los tribunales juzgadores: ¿pretender generar un clima de opinión «favorable al nazismo» se puede entender de manera análoga a

¹³³² STS 259/2011, de 12 de abril.

un «clima de hostilidad» o a pretender que otros realicen «actos de hostilidad» contra tales grupos?

A. *La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona al caso «Librería Kalki»: el delito de negacionismo como figura de peligro abstracto por la mera difusión de contenidos justificadores del genocidio. La peligrosidad derivada de contenidos vejatorios y de carácter discriminatorio*

La Audiencia de Barcelona comienza su sentencia con un «recordatorio histórico» sobre el negacionismo: «La realidad histórica del holocausto del pueblo judío es una cuestión pacífica que tan solo es cuestionada por quienes, como los acusados, pretenden ensalzar el nazismo, como es también una cuestión pacífica que el holocausto fue un genocidio, así como que el régimen nazi del III Reich también ejecutó una sistemática eliminación física de otros colectivos como los gitanos, lo que igualmente debe ser calificado de genocidio» (FJ. 2º).

En cuanto al delito del art. 607.2 Cp., siguiendo a la doctrina mayoritaria, estimaba la Audiencia que el bien jurídico sería la «convivencia pacífica de los diversos grupos humanos» y lo interpretaba como un delito de «mera actividad» que se consumaría con la mera difusión de ideas o doctrinas (FJ. 2º). Además, no exigía que la difusión fuera pública, «eso es, a través de los medios de publicación o de mass media, ya que habla de difusión por cualquier medio». En cuanto al dolo, concluía que «se integra por el conocimiento de las ideas que se difunden». Señalaba, por tanto, que no podía ser considerado como una apología según el art. 18 Cp. ya que ello llevaría a que colisionara con el art. 615 Cp. A juicio de la Audiencia habría que definir el mismo como un «delito autónomo» (FJ. 2º). Por su parte, a la luz de la STC 235/2007, afirmaba que el fundamento del mismo es que opere como una incitación indirecta o al genocidio o a generar un clima de violencia y de hostilidad.

En la aplicación del precepto, la Audiencia simplemente constataba que el «contenido» de las publicaciones difundidas denotaba elementos denigratorios y menospreciativos, con intención de propugnar su marginación social –nótese que la intencionalidad era la de los contenidos publicados-. De forma que a juicio de la Audiencia «con ello se pone en peligro la pacífica convivencia ciudadana de los judíos». Señalaba que entre las publicaciones se encontraban también elogios al nacionalsocialismo, algo que consideraba dentro del ámbito del art. 607.2 Cp., según el Auto del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2008. Además, indicaba que en alguno de los textos «se advierte una clara *intención de vilipendiar al pueblo judío pues se les tacha de mentirosos, usureros, especuladores, parásitos, gentuza*

[...], y ello con *clara intención de provocar la discriminación y el suficiente odio contra la comunidad judía que llegue a justificar las acciones de violencia necesarias para acabar con el pueblo judío*» (FJ. 2º).

Asimismo, consideraba que a la luz de los hechos probados también se habría incurrido en el delito del art. 510 Cp. (FJ. 3º). Definía esta figura como un delito de peligro abstracto que no exigiría que se produzca resultado, en el que «lo que es *objeto de castigo* no es la expresión en sí de unas ideas, por execrables que sean, sino *cuando esta expresión se hace de modo y circunstancias que suponen una provocación a la discriminación*, infringiendo el valor constitucional de la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social contenido en el artículo 14 de la Constitución» (FJ. 3º). Entendía que las conductas realizadas «suponen un menosprecio a la dignidad del pueblo judío, así como de la étnica gitana y de otras etnias». Expresiones con las que se incita a la discriminación y al odio y a la violencia.

La Audiencia rechaza aplicar la consideración como delito continuado (FJ. 4º). Sí que entendió que fuera de aplicación un «concurso real» por tratarse de bienes jurídicos distintos (FJ. 5º).

Asimismo, concluía la Audiencia que el acusado «conocía perfectamente no sólo lo que escribía, sino también el contenido de los libros que editaba en los que justificaba el genocidio del pueblo judío, se incitaba a la discriminación y al odio al pueblo judío a la discriminación de otras razas, etnias y grupos por razón de su orientación sexual o su incapacidad o deficiencia mental. Y en absoluto podía desconocer la actual legislación penal en esta materia» (FJ. 9º).

B. La sentencia del Tribunal Supremo al caso Kalki (n. 259/2011): la efectiva verificación de la peligrosidad de la conducta de difusión de ideas justificadoras del genocidio como incitación (indirecta) al genocidio o a la creación de un clima de hostilidad

El Tribunal Supremo afrontó este recurso de apelación con el propósito de sentar una doctrina clarificadora en la compleja delimitación de estos preceptos derivados de la lucha contra la discriminación racial y para la prevención del genocidio. Señalaba el Supremo que después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se consideró necesario reaccionar contra «las ideas y las conductas genocidas» (FJ. 1º). Se adoptaron así políticas, como recordaba el Tribunal, «orientadas a evitar el arraigo y el desarrollo de ideas elaboradas desde la discriminación de determinados grupos o de personas por su pertenencia a

ellos, que incluyen sentimientos de menosprecio, e incluso odio, que la experiencia pone de manifiesto que pueden evolucionar hacia conductas violentas nuclearmente contrarias a la dignidad humana».

Y es este último valor, la «dignidad humana», la que según el Tribunal Supremo se situaría como eje central de estos delitos. Advertía, eso sí, que no cualquier ataque a la dignidad humana sería merecedor de reproche penal, sino sólo los más graves. Y, del mismo modo, también consideraba el Supremo que «[d]ado que una de las bases del genocidio se encuentra en criterios de minusvaloración o menosprecio de las personas por pertenecer a determinados grupos identificados por la posesión o la carencia de características que los diferencian, se hace igualmente preciso actuar contra cualquier clase de conductas o actitudes que impliquen actos de discriminación, entre ellas las consideradas como divulgación del discurso del odio» (FJ. 1º.1).

Así las cosas, junto a la protección del honor, el Código penal castigaría conductas como la «provocación al genocidio (art. 615 Cp.), la «provocación a la discriminación, la odio o a la violencia» (art. 510 Cp.) y la «difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas (art. 607.2 Cp.). El Tribunal procedía entonces a desgranar el contenido de estos delitos (FJ. 1º.2).

El art. 615 Cp. sería una forma de provocación a la comisión del delito de genocidio definida según el art. 18 Cp., como incitación directa por medio de imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante. Siguiendo su propia jurisprudencia, los elementos definidores exigirían: «a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) Percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) Que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento». De tal manera que según el Tribunal sería necesario «una mínima determinación del delito a cuya comisión se provoca» y que se haga con la publicidad señalada (FJ. 1º.2).

En cuanto al art. 510 Cp., el Tribunal Supremo entendía que la «utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo» (FJ. 1º.2).

Por lo que hace al art. 607.2 Cp, señalaba el Tribunal que «como un grado más, de gravedad inferior a las conductas típicas contenidas en los artículos 615 y 510, se sanciona en el artículo 607.2 la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de ese artículo, es decir, el delito de genocidio en cualquiera de sus distintas acciones» (FJ. 1º.4). El Tribunal definía la acción de «difundir» como «propagar, divulgar, descubrir, comunicar algo a terceros», lo que podría hacerse de forma pública o privada. Advertía el Supremo que el tipo penal no exige que sea público, pero sí que considera que habrá de requerirse que «el medio empleado permita el acceso a lo difundido por parte de un número plural de personas, que puede ser también indeterminado».

En cuanto a «justificar», consideraba que «supone constatar la existencia de buenas razones a su favor». Se alcanzaría la justificación, a juicio del Tribunal, «mediante la negación de los aspectos éticamente rechazables de la conducta que se justifica, o incluso, a través de la minusvaloración o trivialización de aquellos, para presentarla como un mal menor» que puede resultar aceptable. También entendía que podría producirse tal justificación mediante el «menosprecio» a las víctimas, ya que de esta manera podría legitimarse el genocidio contra las mismas (FJ. 1º.4).

Aquello que debería ser objeto de justificación es el «genocidio», entendido como delito: «ejecución de varias conductas concretas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso». El Supremo indicaba en este sentido que el art. 607.2 Cp. «no se refiere, por lo tanto, a la difusión de ideas que justifiquen conductas discriminatorias, si no van acompañadas del propósito antes expuesto, propio del genocidio, y no se desarrollan, o se debieran desarrollar, mediante la ejecución de las conductas típicas del art. 607.1 Cp.» (FJ. 1º.4).

Así entendida la conducta típica, el Tribunal señalaba entonces que la misma entrarían en colisión con la libertad de expresión y con la libertad ideológica, de tal suerte que se haría necesario, previa labor de ponderación, precisar los límites en tal colisión para justificar la intervención penal (FJ. 1º.5). A este respecto, consideraba que sería necesario justificar que la conducta típica puede suponer o una lesión o un peligro para un bien jurídico. En caso de tratarse de un «peligro» perfilaba aún más y afirmaba que «aunque sea abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos» (FJ. 1º.5). Y advertía también que «la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva» (FJ. 1º.5).

En este punto, el Tribunal Supremo repasaba entonces la jurisprudencia constitucional para extraer las pautas fijadas por éste en la resolución del conflicto con discursos racistas, ante lo que concluía que: «de esta doctrina se desprende que, si bien la libertad ideológica y la libertad de expresión protegen la libre expresión de ideas, incluso aunque resulten rechazables y molestas para una generalidad de personas, no alcanza a cobijar bajo su protección la utilización del menosprecio y el insulto contra personas o grupos, o la generación de sentimientos de hostilidad contra ellos. Se oponen a ello el derecho a la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad entre todas ellas y el derecho al honor» (FJ. 1º.6).

Sin embargo, el Tribunal constataba que «la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas». Y, a este respecto, recogía la doctrina del Tribunal Constitucional que específicamente ha «reducido el ámbito del tipo [607.2], tal y como resultaría de una mera interpretación gramatical; ha excluido las conductas de mero negacionismo, y ha admitido implícitamente que caben actos de difusión de esas ideas o doctrinas justificadoras del genocidio en cualquiera de sus manifestaciones que, sin embargo, no serían por sí mismas constitutivas del delito examinado, sin perjuicio de la posible reacción de los afectados contra la ofensa del honor». Así las cosas, y aunque sean rechazables por su «directa ofensa a la dignidad humana» las ideas que se muestren favorables a los actos de genocidio, «no basta para incurrir en la conducta punible prevista en el artículo 607.2 del Código Penal con difundir ideas o doctrinas que justifiquen el delito de genocidio, o que mediante afirmaciones u opiniones favorables simplemente lo disculpen o lo vengan a considerar un mal menor. Es preciso, además, que, bien por la forma y ámbito de la difusión, y por su contenido, vengan a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimiento que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos» -cursivas mías- (FJ. 1º.7).

El Tribunal trataba de aclarar esta conclusión, en la que se encontraría el núcleo del contenido de injusto del precepto. Afirmaba así que «los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dicha, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante» -cursivas mías- (FJ. 1º.8). Queda claro, por tanto, que no es una figura de peligro concreto, aunque ahora habría que deslindar en

qué se traduce tal exigencia de peligrosidad bien como fundamento de un juicio de peligrosidad abstracta o bien como peligro hipotético o potencial.

La primera cuestión que el Tribunal se planteaba era si «lo que debe ser valorado como peligroso es *lo difundido*, o bien *la difusión en relación con lo difundido*» (FJ. 1º.8). Y a este respecto concluía que la existencia del peligro dependería «tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados». El Supremo consideraba que ello no quiere decir que se tenga que exigir un «contexto de crisis», sino que lo que habrá es que examinar «la potencialidad de la conducta para la creación del peligro». Añadía en este sentido que «*para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que su autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o el contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege*» (FJ. 1º.8) -cursivas mías-. Tal posición parece alejar de un juicio de peligrosidad abstracta, en el que es el propio legislador el que habría valorado tal peligrosidad como fundamento de la proscripción de la conducta de difundir públicamente los contenidos justificadores del genocidio, y conduce a la concepción de la figura como delito de peligro «hipotético» o «potencial», siguiendo la denominación dada por el propio Supremo.

En el caso en concreto, el Tribunal entendía que los contenidos publicados contenían expresiones con contenido negativo y en ocasiones vejatorio para los judíos, los cuales constituirían un evidente exceso y resultarían contrarios a la dignidad humana. Ahora bien, a la luz de los hechos probados consideró que lo único que quedaba puesto de manifiesto era la venta y distribución de tales libros, pero sin que se describiera «ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares imputados a los acusados que vieran referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros» (FJ. 1º.10); ni se producía «un ensalzamiento de dirigentes del nazismo en razón de sus actitudes discriminatorias».

De manera que terminaba concluyendo que no se habría probado que los actos de difusión fueran más allá de la venta de tales libros, sin que ello «en sí mismo» supusiera «una incitación indirecta a la comisión del delito de genocidio» ni a crear «un clima social que suponga un peligro que se pudiera concretar en

actos violentos contra grupos a los que se refieren». No admitía que con tales actos de difusión se hubiera contribuido a crear un clima de hostilidad que pudiera dar lugar a un «peligro cierto» de que se tradujera en actos violentos (FJ. 1º.11-13).

Me permito así citar *in extenso* la conclusión del Tribunal: *«aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de tales ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse con una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos»* (FJ. 1º.15) –cursivas mías-.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo absolvía por ambos delitos a los acusados. La sentencia contó con un voto particular emitido por el magistrado MARTÍNEZ ARRIETA, quien consideraba que la sentencia de la Audiencia de Barcelona debería haber sido confirmada en su integridad. Entendía este Magistrado que el peligro en estos delitos «se concreta en el mensaje con un contenido propio del “discurso del odio” que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo». En definitiva, lo que venía a sostener es que se trata de delitos de peligro abstracto en los que el legislador habría presumido el peligro como un elemento propio (ínsito) a tales conductas de difusión de ciertos contenidos. Concluía así el Magistrado: «entiendo que la conducta típica no requiere que sea posible, como resultado del mensaje, que se reitere un hecho de genocidio o un acto agresivo concreto contra alguna de las personas pertenecientes a los grupos relacionados en el art. 510, sino la afrenta que se produce, a todo el cuerpo social en general y a los afectados, en particular, por la acción difusora de expresiones justificadoras de genocidios».

6.1.4. Nota marginal a los autos del Tribunal Constitucional 4/2008, de 9 de enero y del Tribunal Supremo 5948/2008, de 18 de julio

En último lugar puede resultar de interés referenciar dos autos relacionados con la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007 sobre el delito de negacionismo. El primero de ellos es el ATC 4/2008, de 9 de enero, referido al delito de enaltecimiento del terrorismo, y en el que el Constitucional volvía a ratificar su doctrina acerca de este tipo de delitos como formas de incitación indirecta. Así las cosas, a juicio del Constitucional «[t]ampoco la condena por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores (art. 578 Cp.) supone una vulneración del derecho a la libertad de expresión». El terrorismo, como el genocidio, compartirían esa «especial peligrosidad» derivada de su carácter «odioso y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad» (STC 235/2007), de tal forma que resulta admisible la sanción de formas de «provocación indirecta».

En el segundo de los autos, el ATS 5948/2008, de 18 de julio, el Tribunal Supremo denegaba un recurso de revisión contra una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Granada, de fecha 15 de abril de 2008, dictada en procedimiento abreviado de estricta conformidad, y en la que se había condenado a una persona por el delito del art. 607.2 Cp. por haber difundido materiales (publicaciones, vídeos, cintas de audio, etc.) en las que se elogiaba y alababa a Hitler y otros exponentes nazis. De tal suerte que en la medida que el castigado había ido más allá de la mera negación de los crímenes nazis, elogiando y ensalzando a los protagonistas de aquellas actividades genocidas, concluía el Tribunal que esto «estaría claramente dentro de la órbita del art. 607.2 del Código Penal, incluso después de que fuera objeto de la cuestión de inconstitucionalidad mencionada». El Supremo no entraba en otras consideraciones que pudieran haber sido útiles en cuanto a la descripción del tipo, por tratarse de un recurso de revisión.

6.2. Posibles interpretaciones de *lege lata* del artículo 607.2 Cp. a la luz de la jurisprudencia constitucional y ordinaria (recapitulación)

La revisión de las sentencias que han resuelto los principales asuntos suscitados en nuestro país por la difusión de publicaciones y materiales justificadores del genocidio, en particular ¹³³³ los casos Varela (Librería

¹³³³ Para un análisis de éstos, y de otros asuntos, *cf.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, *in toto*.

Europa)¹³³⁴, Librería Europa II¹³³⁵ y Librería Kalki¹³³⁶, dan prueba de la amplitud e indeterminación del delito del art. 607.2 Cp., después incluso de la interpretación constitucionalizada del Tribunal Constitucional. Y es que se encuentran decisiones con lecturas muy distintas en elementos esenciales constitutivos de estos tipos legales: no hay conformidad en cuanto al bien jurídico tutelado; sobre la forma ofensiva y el tipo de peligro (abstracto, hipotético...); tampoco hay claridad sobre el «resultado lesivo temido» que funda el reproche penal y da contenido al juicio de ofensividad (miedo a que se «repita» un genocidio, a que se produzca un «clima de hostilidad» del que degeneren actos de violencia o discriminación contra grupos, o a que se den «actos de hostilidad» contra tales «grupos diana»...); ni sobre la «inminencia» o el «grado de probabilidad» exigido para fundar la «peligrosidad» de la conducta; ni sobre la forma de constatar la «efectiva» antijuridicidad material de la conducta típica –o al menos para poder descartar la aplicación del tipo en caso de absoluta inidoneidad ofensiva de la misma-; ni sobre los elementos que deberá abarcar el dolo... De tal manera que corresponde ahora recapitular, volviendo sobre las sentencias analizadas, para, de *lege lata*, tratar de reconstruir el precepto en sus elementos esenciales.

6.2.1. Fundamento político-criminal y bien jurídico: la lucha contra la xenofobia y la protección de la dignidad humana como bien jurídico supraindividual

Tras la II Guerra Mundial se produce un consenso internacional ante la necesidad de reaccionar «contra las ideas y las conductas genocidas». Se trataba de prevenir «el arraigo y el desarrollo de ideas elaboradas desde la discriminación de determinados grupos de personas por su pertenencia a ellos, que incluyen sentimientos de menosprecio, e incluso odio, que la experiencia pone de manifiesto que pueden evolucionar hacia conductas violentas nuclearmente contrarias a la dignidad humana»¹³³⁷. Por lo que aquí interesa, ello se traduce en la firma de convenios internacionales como el Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 o el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de los que de manera más o menos mediata se derivan en el ordenamiento español delitos como el art. 607.2

¹³³⁴ SAP Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008, caso Varela (Europa I).

¹³³⁵ Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010, caso Librería Europa II y SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010, caso Librería Europa II.

¹³³⁶ SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre, caso Librería Kalki y STS 259/2011, de 12 de abril, caso Librería Kalki, FJ.1º.1.

¹³³⁷ STS 259/2011, de 12 de abril, FJ.1º.1.

Cp., pero sobre todo el art. 510 Cp. Ahora bien, como indicaba la Audiencia Provincial de Barcelona, en cuanto al delito de negacionismo, «*el Derecho Penal mira al futuro* por lo que la razón de la prohibición bajo pena de la difusión de estas ideas no es evitar bajo pena que se niegue o dude del Holocausto Judío sino evitar que pueda volver a repetirse un espanto como aquél que denigra a toda la especie humana»¹³³⁸. Tanto es así que, al decir de la Exposición de Motivos de la LO 4/1995 que por primera vez introduce este delito en el ordenamiento español, es la actual expansión del fenómeno racista en Europa, de la que nuestro país no es ajeno, la que reclama la intervención del legislador penal¹³³⁹.

Este consenso en cuanto al fundamento político criminal de esta legislación no se traduce, sin embargo, en acuerdo a la hora de definir el bien jurídico del art. 607.2 Cp. Como se ha visto en el análisis de la STC 235/2007, el Constitucional consideraría como núcleo esencial salvaguardado por este precepto la «*dignidad humana*», e indicaba que se trataría de la «*última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos*» (FJ. 9º). El Tribunal Supremo también encontraba en la «*dignidad humana*» el bien jurídico protegido por este género de delitos¹³⁴⁰. No obstante, la «*dignidad humana*» adquiriría en este marco un sentido «*suprainividual*» e incluso «*supraestatal*», diferenciado con respecto al «*honor*» como bien individual derivado de aquella, como ha advertido la Audiencia de Barcelona en su sentencia al caso Librería Europa II¹³⁴¹. En otras sedes se postulan otros bienes jurídicos como la «*convivencia pacífica de los diversos grupos humanos*», en tanto que bien jurídico «*supraestatal*» propio de los delitos contra la Comunidad Internacional¹³⁴²; o, incluso, la Abogacía del Estado en el recurso a la STC 235/2007 declaraba que se trata de un precepto en tutela de la «*sociedad en su conjunto*»¹³⁴³. Estas divergencias, en buena medida causadas por el impreciso contenido material del precepto, son las que han dado lugar a sensibles diferencias a la hora de apreciar la relación entre las distintas figuras típicas propias de este marco legislativo antigenocidio y antidiscriminación: principalmente los artículos 615, 510 y 607.2 Cp.¹³⁴⁴. Una indeterminación del bien

¹³³⁸ SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010, FJ. 3º -cursivas mías-.

¹³³⁹ Vid. *supra* epígrafe 5.3.7 en este Cap., al comentar la razonabilidad del peligro actual de estos fenómenos en la sociedad española y sobre todo las posiciones del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado en la STC 235/2007.

¹³⁴⁰ STS 259/2011, de 12 de abril, FJ.1º.1.

¹³⁴¹ SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010, FJ. 7º.

¹³⁴² Así la propia Audiencia Provincial de Barcelona en SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre, FJ. 2º. También en este sentido, vid. Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010, FJ. 2º.

¹³⁴³ Vid. *supra* epígrafe 4.2 en este Cap.

¹³⁴⁴ Especialmente el conflicto se plantea por la concurrencia entre el art. 607.2 con el 510 Cp. Así, se ha visto como la SAP Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008, parece distinguir estos

jurídico que, por otro lado, fue la que movió principalmente a la Audiencia de Barcelona a elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre el 607.2 Cp.¹³⁴⁵.

6.2.2. Contenido ofensivo y dolo del art. 607.2 Cp.

En cuanto a la definición del tipo del art. 607.2 Cp., parece que existe consenso a la hora de reconocer que se trata de una *figura de «mera conducta»* y que por tanto no exige un «resultado». El desvalor se concentraría así en la «acción», la cual, recordemos, tras la intervención del Tribunal Constitucional, habría quedado como: *«difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos [de genocidio], o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos»*.

Ocurre que, como ha sido estudiado, el Tribunal Constitucional en su STC 235/2007 ha considerado que el precepto según su tenor literal no tendría contenido ofensivo suficiente como para justificar la intervención penal. A mayor abundamiento, la «mera difusión» de una idea o doctrina, sin otras cualificaciones, se trata de una conducta en todo caso amparada por el ejercicio de la libertad de expresión, en relación con la libertad ideológica y con la libertad científica, por más repugnante que sea su contenido¹³⁴⁶. Es por ello que, en una interpretación constitucionalizada del mismo –y en mi opinión quebrando el principio de legalidad–, el Constitucional encontraba el sentido material de la ofensividad del precepto en un «elemento tendencial» no expreso y en la idoneidad objetiva de la conducta para suponer una incitación indirecta «a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio» o a «provocar de modo mediato a la

delitos únicamente por el carácter directo o indirecto de la provocación. Sin embargo, en la primera sentencia al caso Varela, Sentencia del Juzgado de lo Penal n. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998, se había estimado un «concurso real» entre estos delitos. También en Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010, los bienes jurídicos de ambos preceptos serían diferentes y consideraba que se daba un concurso real. La Audiencia de Barcelona, SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010, lo corregía, en cuanto a que no se trata de un concurso real, por haber unicidad de hechos, pero no aclaraba si el bien jurídico era el mismo en ambos preceptos, aunque parecía preferir la opción de un «concurso de leyes» y, por tanto, entender que lo que había era una secuencia de graduación punitiva sobre el mismo bien jurídico. Pero, en su SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre optaba por considerar que habría «concurso real» con bienes jurídicos distintos. El Tribunal Supremo (STS 259/2011, de 12 de abril, FJ.1º.2) presentaba los delitos de los art. 15, 510 y 607.2 como una sucesión en cascada de prohibiciones distinguidas según la gravedad de la conducta, pero parecía asumir un bien jurídico común a todas ellas, de manera que la concurrencia entre las mismas será, ante unos mismos hechos, un «concurso de leyes».

¹³⁴⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000.

¹³⁴⁶ *Vid. supra* epígrafe 5.3.8.

discriminación, al odio o a la violencia», en forma que «represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación» (FJ. 9º). Es por tanto dentro de este marco definido por el Tribunal Constitucional en el que la jurisprudencia ordinaria ha tenido que moverse para concretar el sentido material del injusto configurador del delito del art. 607.2 Cp. Así las cosas, se hace necesario entrar a analizar los distintos elementos que, de *lege lata*, dan contenido al mismo.

A. *La delimitación de la «acción típica»*

En primer lugar, se ha dicho que hay consenso en apreciar que se trata de un delito de «mera conducta» que se consuma con la difusión de las ideas o doctrinas justificadoras del genocidio. De tal suerte que la primera tarea a afrontar es la de interpretar los elementos que dan sentido a la conducta típica. La «acción» típica es la de «difundir» ciertas ideas o doctrinas «por cualquier medio». A este respecto, el Tribunal Supremo (STS 259/2011, de 12 de abril) definía la conducta de difundir como «trasladar, hacer saber, propagar, divulgar, descubrir o comunicar algo a terceros» (FJ. 1º. 4). Pero, lo más destacable es que, al entender del Supremo, cabe la «difusión» privada, aunque en todo caso dirigida a una «pluralidad de personas»¹³⁴⁷. La Audiencia de Barcelona (SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010) veía además un «plus» en la exigencia de la «difusión» que dotaba de sentido al reproche penal, a cuyo juicio el «hecho de difundir» iba más allá que «escribir, editar o vender», residenciándose en ella así ese «plus» que justifica la peligrosidad de la conducta (FJ. 7º).

Las ideas difundidas deben además tener un contenido muy preciso: «justificar» el genocidio o «pretender la rehabilitación» de regímenes o instituciones genocidas. Por justificar, apreciaba el Tribunal Constitucional, que debía entenderse no la negación absoluta de la existencia de un delito de genocidio, «sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores» (FJ. 7º). El Supremo precisaba más en su sentencia n. 259/2011, de 12 de abril ¹³⁴⁸ y entendía que «justificar algo supone

¹³⁴⁷ En sentido similar indicaba la SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre, FJ. 2º, que «el tipo penal no exige que la difusión sea pública, eso es, a través de los medios de publicación o mass media, ya que habla de difusión por cualquier medio»; pero en todo caso el término «difusión» requiere «propagar o divulgar», «lo que puede realizarse de distintos modos y no necesariamente mediante la utilización de los medios de comunicación».

¹³⁴⁸ También la SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010 contribuye a precisar el término «justificar»: «Justificar un delito, en el sentido que desde una interpretación lógico-sistemática, histórica y teleológica debe proporcionarse a la expresión en el contexto que el

constatar la existencia de buenas razones a su favor», algo que, desde otra perspectiva podría ser visto también como negar los «aspectos éticamente rechazables de la conducta que se justifica, o incluso, a través de la minusvaloración o trivialización de aquellos, para presentarla como un mal menor». Añadía el Supremo que también «mediante el menosprecio a éstas [las víctimas del genocidio] es igualmente posible presentar un escenario en el que las conductas genocidas quedaran justificadas» (FJ. 1º.4). Ahora bien, es importante tener en cuenta que el puro «desprecio» o carácter vejatorio de unas expresiones no supone «justificar» un genocidio¹³⁴⁹. Ha de tratarse de una forma de menosprecio sobre ciertos grupos tendente a aprobar la comisión de tales actos¹³⁵⁰. Ninguna sentencia entra a definir la referencia a pretender rehabilitar regímenes o instituciones que amparasen este tipo de actos genocidas.

Eso sí, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el «objeto» de la justificación es el genocidio en cuanto «delito». De tal manera que el art. 607.2 Cp. no va referido a que se justifiquen actos de discriminación, sino que «lo» justificado han de ser actos constitutivos del delito de genocidio (y, por tanto, que reúnan sus elementos típicos)¹³⁵¹. Entiendo que lo mismo ocurriría con la modalidad de regímenes los cuales hubieran amparados actos que puedan ser definidos dentro de la conducta típica del art. 607.1 Cp.

legislador la emplea, es fundamentalmente negar o cuestionar la desvalorización ético social del hecho mismo o las bases o presupuestos que latan en la comisión o la necesidad de comisión del mismo (ser raza inferior, ser judío, ser discapacitado) pues solo esta valoración positiva, a un siéndolo utilizando vericuetos, de hechos execrables presenta una idoneidad ex ante para generar un peligro al bien jurídico protegido en el precepto». A lo que añadía que sólo del alcance del término justificar puede extraerse la «capacidad de humillar, menospreciar o generar hostilidad» que justifica el límite a la libertad de expresión (FJ. 7º).

¹³⁴⁹ La SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010 planteaba, por ejemplo, un posible concurso «ideal» en caso de conductas que también resultaran «vejatorias» o «humillantes», las cuales ofenderían por un lado el honor protegido por el delito de injurias, y, dándose los requisitos típicos, el art. 607.2, que salvaguarda la dignidad humana en sentido supraindividual.

¹³⁵⁰ Por ejemplo, no es lo mismo decir que los «judíos son ratas», algo que sería sin duda vejatorio, que afirmar que los «judíos son ratas, y por tanto no habría que escandalizarse porque los nazis trataran de limpiar su sociedad de ellas», en cuyo caso se estaría justificando su exterminio mediante la degradación de la «humanidad» del grupo social.

¹³⁵¹ En concreto afirmaba el Tribunal Supremo (STS 259/2011, de 12 de abril): «Lo que debe ser justificado, según el tipo, es el genocidio. Y este delito viene descrito en el artículo 607.1 como la ejecución de varias conductas concretas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso. El apartado 2 de ese artículo no se refiere, por lo tanto, a la difusión de ideas que justifiquen conductas discriminatorias, si no van acompañadas del propósito, antes expuesto, propio del genocidio, y no se desarrollan, o se debieran desarrollar, mediante la ejecución de las conductas típicas del artículo 607.1 CP» -cursivas mías- (FJ. 1º.4).

B. Peligrosidad e idoneidad lesiva de la conducta

El núcleo de la problemática en la interpretación constitucional de este precepto está en darle un contenido ofensivo suficientemente relevante para justificar la intervención penal. Se ha dicho que el Tribunal Constitucional aclara que *el sentido de la ofensividad material del precepto nace de su idoneidad como forma de «incitación»*. No se trata, por trato, de un delito de lesión, sino de peligro. Pero está claro que el art. 607.2 Cp. no es un delito de peligro concreto en la medida que no exige un resultado. Se trataría, además, de un peligro derivado de una incitación indirecta. Y es que la conducta típica no permite otra forma de concebir la forma de la provocación o incitación, ya que parte de la «difusión» de las ideas «justificadoras»; lo cual claramente no puede constituir una «provocación directa». En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha justificado este adelanto de la barrera punitiva que supone castigar aquella «provocación» realizada de forma «indirecta», es decir, subliminarmente o de manera encubierta¹³⁵². Todo lo cual exige importantes precisiones.

En primer lugar, la conducta típica supone la «difusión» de ciertas ideas «justificadoras» del «genocidio»; de tal manera que el «objeto» de la «justificación» de los materiales difundidos, se ha dicho, debía ser un «delito de genocidio». En segundo lugar, tal conducta típica ha de revestir un carácter tal de ser considerada como una forma de «provocación» o de «incitación». De lo que surge entonces una pregunta subsiguiente, ¿a qué se tiene que «provocar»? ¿Cuál es el «objeto» de la provocación? Pero, en tercer lugar, ni siquiera lo anterior dota todavía de un contenido material al precepto, de tal suerte que para ello lo que hay que buscar es el fundamento del juicio de peligrosidad y sobre qué «resultado lesivo temido» se proyecta éste. En el delito del art. 607.2 Cp. se difuminan algunos de estos aspectos. Al tratarse de una forma de «incitación indirecta», no hay un «objeto» de la provocación definido, y la clave descansa entonces en identificar el «resultado lesivo temido»¹³⁵³.

¹³⁵² Vid. *supra* epígrafe 4.2 en este Cap.

¹³⁵³ Cuando se configura un delito como forma de «provocación directa» el objeto de referencia de la provocación suele identificarse también con el «resultado lesivo temido». Por ejemplo, cuando se castiga por «provocar» a cometer un delito de homicidio; el objeto de la provocación es la «comisión del delito de homicidio», y el «resultado lesivo temido» es que se cometa tal delito. En un delito de apología, el «objeto» de la apología ya no se identifica plenamente con el «resultado temido»: el objeto de la apología puede ser «enaltecer a un delincuente»; mientras que el «resultado temido» es que se cometa un delito. Todavía más grande es la desviación en el art. 607.2 Cp. en el que ni siquiera es una conducta de «enaltecimiento», sino de «justificación» de un delito, articulada además de formas muy distintas (mediante la justificación clara del delito a la justificación derivada por ejemplo a través del menosprecio de las víctimas, etc.).

Tratando entonces de perfilar los distintos elementos caracterizadores del juicio de peligrosidad cabría comenzar respondiendo a la siguiente pregunta: *¿cuál es el «resultado lesivo temido» que funda el juicio de peligrosidad y da sentido a la ofensividad frente al bien jurídico?* De la sentencia del Tribunal Constitucional se extraían dos posibles «resultados lesivos temidos»: «la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio» o «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación». Parece, no obstante, que la jurisprudencia ordinaria habría preferido considerar que el fundamento del art. 607.2 Cp. estaría residenciado en esa segunda posibilidad, es decir, en la idoneidad para, a través de la provocación mediata a la discriminación, odio o violencia, poder generar tal «clima de hostilidad» del que derivaran actos contra los grupos sensibles¹³⁵⁴.

¹³⁵⁴ La SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010 concretaba, en este sentido, dos posibles interpretaciones: a) «idoneidad ex ante para crear y alimentar un caldo de cultivo susceptible de generar en sectores sociales de extrema derecha no democrática actitudes hostiles, de violencia y odio» (evitar por tanto el contexto que sería «antesala de la antesala de la violencia»); b) La ilicitud residiría en el «mensaje de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio», del que se derivaría el «peligro de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad». La Audiencia de Barcelona en la sentencia mencionada prefiere optar por esta última interpretación. En cualquier caso, a los efectos de identificar el «resultado temido», ambas posiciones postulan con que el «objeto» de referencia en el juicio de peligrosidad es la «probable» (o potencial) creación de un «clima de hostilidad». El Tribunal Supremo en su STS 259/2011, de 12 de abril seguía estrictamente al Tribunal Constitucional y reconocía un doble «resultado lesivo temido» como objeto de referencia. Así, proyectaba el peligro sobre la posibilidad de que se den «actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos», nacidos de tal «clima»; o que resulten incitadores al «delito de genocidio» (FJ. 1º.7º). En cuanto a la primera posibilidad, que es la que termina aplicando, habría una diferencia con respecto a la posición de la Audiencia, ya que el Supremo exige que con la realización de la conducta típica se «genere» un «clima de opinión o de sentimientos», a partir del cual surgiría el «peligro» de comisión de tales actos hostiles. De hecho, al valorar las conductas de los acusados descarta su tipicidad al no poder considerarse que fueran «creadora de un clima social que suponga un peligro que se pudiera concretar en actos» (FJ. 1º.11), y porque no habrían contribuido «de forma relevante a crear un clima de hostilidad contra grupos determinados que pueda dar lugar a un peligro cierto de que se pueda traducir en actos violentos» (FJ. 1º.12). El problema es que, si se sigue al pie de la letra la posición del Tribunal Supremo, nos encontraríamos con que el delito terminaría por exigir que se diera una suerte de resultado (o se contribuyera a su formación), el «clima», el cual debería tener a su vez una entidad suficiente como para poder entender que éste resultaría peligroso para que se cometieran tales actos. Parece que esto sería llevar a un extremo excesivo el sentido del precepto, por lo que en realidad, como se ha visto, las sentencias (cuando se lo plantean) proyectan el fundamento de la peligrosidad sobre el «clima de hostilidad» no como «resultado de peligro» en un juicio de peligro concreto, sino como «resultado lesivo temido».

Pero hay más elementos que fundan un juicio de peligrosidad (reitero, incluso abstracto¹³⁵⁵). Por un lado, el «grado de probabilidad» para que se verifique el peligro. A este respecto el Tribunal Constitucional habría afirmado que debía de representar un «peligro cierto». Por tanto, el peligro que represente la conducta ha de tener una «solidez», un cierto «fundamento» que permita apreciar que la realización de la conducta típica es probable que dé lugar a que se verifique el resultado lesivo. Además, en relación con el «grado de probabilidad», pero no exactamente igual, hay que definir también la «inmediatez» de ese peligro. Es decir, puede ser que haya certeza, que sea altamente probable que una cierta conducta dé lugar a la lesión de un bien jurídico, pero no de forma inmediata. En este sentido, la SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010 consideraba que en el art. 607.2 sería exigible un peligro «cierto», pero luego afirmaba que habría de ser entendido como «remoto» o «posible» (FJ. 8º). En mi opinión, si el Tribunal Constitucional ha fijado la exigencia de un peligro «cierto», ello no es compatible con la mera «posibilidad» remota, sino que requiere una notable «probabilidad»; aunque, por otro lado, comprendo el argumento de la Audiencia Provincial que trataba de sustentar en esta diferencia la distinción entre el 607.2 y el 510 Cp., basándola no sólo en la «forma» de la provocación (directa o indirecta), sino también en el «grado» e «inmediatez» del peligro que funda uno y otro precepto¹³⁵⁶.

Por último cabría preguntarse cuál sería entonces el fundamento «material» de la peligrosidad de la conducta típica. Como se ha visto, la jurisprudencia, siguiendo la línea mayoritaria en doctrina, entendía que se trataba de un delito de

¹³⁵⁵ Tratándose de un juicio de peligrosidad abstracto, lo que hay que valorar es si resulta «razonable» que la conducta típica cumpla (estadísticamente) con tal carácter peligroso en los términos que se van a describir.

¹³⁵⁶ La Audiencia de Barcelona trazaba así una sensible diferencia con las conductas del art. 510 Cp. que va más allá del criterio de que se trate de una provocación «directa» o «indirecta». Consideraba la Audiencia de Barcelona que para el art. 510 Cp. habrá de exigirse una «provocación directa» que además sea idónea para generar un peligro «cierto, real y próximo». Esta diferencia, no sólo en la forma de la «provocación», sino también en el grado y en la inmediatez de la prognosis de peligro, da un mayor sustento a la diferenciación entre ambos preceptos y a la adecuada graduación entre los mismos. En este sentido, señala J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 320, criticando al Tribunal Supremo, que «apoyar la diferencia del delito de provocación (art. 510) respecto de la justificación del genocidio (art. 607.2) en el carácter directo o indirecto de la incitación en la manera que lo hace el TS revela una cierta confusión en los referentes del juicio de peligrosidad que deben abordarse en ambas figuras pues, como veremos, se confunden el objeto final de la incitación y los medios para provocar». El autor apuesta así por distinguir las figuras en atención a la «gravedad» del peligro que generan, y no tanto a su forma «directa» o «indirecta» (p. 340).

«*peligro abstracto*»¹³⁵⁷, de tal suerte que el legislador habría entendido que la propia conducta de «difusión de ideas justificadoras del genocidio» resultaba en sí misma peligrosa, atendida la realidad social actual española. En otras palabras, la conducta típica del 607.2 Cp. habría sido valorada por el legislador como objetivamente «idónea» para crear un peligro para el bien jurídico tutelado. Sin embargo, el Tribunal Supremo, consciente de la «apertura» de la conducta típica, se habría separado de la doctrina mayoritaria y de la línea seguida por los tribunales inferiores, y optaba por configurar el delito del art. 607.2 Cp. como una figura de «peligro potencial o hipotético». Es decir, una forma de peligro «a medio camino entre aquellos [el concreto y el abstracto] según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante» (FJ. 1º.8). El efecto práctico de la posición del Supremo es, básicamente, invertir las tornas con respecto al peligro abstracto, de tal manera que no es el acusado quien deba probar la inidoneidad de su conducta en un juicio *ex ante*, sino que deberá acreditarse en el proceso que, además de ser típica, la conducta era «idónea» (*ex ante*) para poner en peligro el bien jurídico en los términos descritos. En cualquier caso, el Tribunal se muestra discreto, sabedor de que nada contracorriente, y afirmaba que «no es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético». Y, en todo caso, deberá tratarse de un «peligro real». Más allá, aunque el Tribunal no entraba a considerar elementos como el «grado» de probabilidad o de «inmediatez» exigible al peligro, sí que ofrece elementos de juicio para valorar la «potencialidad de la conducta para la creación del peligro» jurídicamente relevante (FJ. 1º.8)¹³⁵⁸. Algo que le llevó a exigir que se valorara «tanto el contenido de lo difundido como la forma que se hace la difusión, sin que pueda

¹³⁵⁷ Así, especialmente, SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010. También en la SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre, lo definía como un delito de peligro abstracto y de mera actividad (FJ. 4º). En la SAP Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008 no lo mencionaba como tal, pero parece presuponerlo. Por su parte, en la Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010 lo consideraba como un delito de «mera conducta» en el que estaría implícita su concepción como una figura de peligro abstracto, aunque es cierto que el Juez fue más allá de la verificación de que se ha realizado la conducta típica y estimó toda una serie de elementos concurrentes para justificar el carácter delictivo de la conducta.

¹³⁵⁸ A este respecto indicaba el Tribunal (STS 259/2011, de 12 de abril): «[P]ara que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. *No se trata, pues, sólo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que protege*» (FJ. 1º.8) –cursivas mías-. *Vid. supra* epígrafe 6.1.3 en este Cap.

dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados»; aunque ello no pueda llevar a exigir que tengan que darse en un «contexto de crisis»¹³⁵⁹ (FJ. 1º.8).

C. *La extensión del dolo en el delito de negacionismo*

En último lugar, otro extremo que tampoco queda bien definido es hasta dónde se extiende el «dolo» exigible: ¿Abarcaría sólo el conocimiento y la voluntad de difundir un cierto contenido –justificador del genocidio-? ¿Es exigible que con tal difusión se pretendiera «adoctrinar» o «captar adeptos» a una ideología? ¿Se ha de pretender «generar» en otros «odio» hacia un colectivo? ¿O lo pretendido puede extenderse hasta «generar un clima de hostilidad»? ¿Sería en tal caso un delito de «resultado cortado»? ¿O se trataría de un «dolo instigatorio» que exigiera pretender que con su acto se estimulara a otros a que cometieran actos de violencia u hostilidad? Lo cierto es que las sentencias analizadas no dan una respuesta clara a este respecto. La SAP Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008 afirmaba la «voluntad inequívoca de denigrar» pero referida no al acusado sino al contenido de las publicaciones difundidas. La más llamativa era la Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010 que enfatizaba la «clara intención de adoctrinamiento» para dotar de relevancia jurídico-penal al reproche realizado. Pero, como he señalado, hay que separar el dolo instigatorio de la pretensión de adoctrinar, ya que ésta última entiendo que se identificaría con la «adhesión ideológica» que implica un núcleo intangible que no puede ser reprochado jurídicamente. A este respecto la sentencia más precisa era, nuevamente, la SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010, en la que la Audiencia Provincial constataba que el acusado «conocía el contenido de los libros y de las conferencias» y que «lo hizo con la intención de hacer llegar a sus correligionarios y al público en general las bondades de la misma y la justificación del odio racial y étnico» (FJ. 7º). Así, se estaría extendiendo el dolo no sólo a conocer el contenido, sino a que con la difusión también se pretendiera «justificar» el odio racial. Sin embargo, no parece exigir un «dolo instigatorio», pero si que puede interpretarse a favor de exigir que el dolo incluyera la voluntad de lograr que en otros «naciera» un sentimiento de odio. Esto supondría ir más allá de un dolo integrado únicamente por el conocimiento del carácter justificador del genocidio de los

¹³⁵⁹ LANDA GOROSTIZA mantiene que al final el contexto crítico es el que permite explicar que la difusión sea típica por peligrosa para los bienes jurídicos («Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 318), y ofrece toda una serie de criterios para valorar cuando se puede entender que se daría el mismo (*ibidem*, p. 342).

materiales difundidos, y también es más que exigir un dolo que incluyera la voluntad de «justificar» el genocidio al difundir tales materiales. En el caso Kalki se asumía como hecho probado la voluntad de a través de la difusión «generar un estado de opinión favorable al nazismo» (SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre). Ahora bien, en la SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre estimaba que el dolo necesario se integraba «por el conocimiento de las ideas que se difunden» (FJ. 2º), y, de manera similar la SAP Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008 se refería a la «clara intención de provocar a la discriminación» pero no como un elemento del dolo sino como una característica de los materiales difundidos (FJ. 2º).

Por último, de este juego de sentencias parece descartarse que pueda concurrir con el delito del art. 607.2 la agravante racista del art. 22.4º Cp. Así las cosas, y aunque no se ha planteado el problema, precisamente por ello parece entenderse que es comúnmente aceptado que el fundamento de esta agravante esté implícito en el propio delito de justificación del genocidio.

6.3. Posicionamiento para la reconstrucción del delito del art. 607.2 Cp. en una lectura de *lege lata* como figura de peligro hipotético y dolo específico. Insalvable ilegitimidad constitucional del art. 607.2 Cp.

Hasta el momento he tratado de desgranar las distintas y muy diversas lecturas de *lege lata* al delito de negacionismo dadas tanto por la jurisprudencia como por la mejor doctrina, si bien he defendido la insalvable inconstitucionalidad de su formulación vigente. Creo que nos encontramos con un uso simbólico del Derecho penal que quiebra los principios de este orden y que castiga el ejercicio de la libertad de expresión sobre la base de un bien jurídico supraindividual inasumible constitucionalmente. El art. 607.2 Cp. es un delito que en su configuración típica invade el contenido esencial de la libertad de expresión; que sólo ha sido salvado a través de una interpretación constitucionalizada que enriquece el tipo con un «elemento adicional» que no estaba recogido expresamente. Un delito que produce un notable «efecto disuasorio» para el lícito ejercicio de la libertad de expresión, tanto que expresiones que resultarán típicas siguiendo la formulación literal del precepto luego habría que descartar su castigo conforme a la interpretación correctora del Tribunal Constitucional. Y, además, un delito que supone un adelanto excepcional de las barreras punitivas al construirse como una suerte de delito de mera conducta con una débil ofensividad, en el que sólo de forma remota puede justificarse que la realización de la conducta típica llegue a poder realizar el «resultado lesivo temido» de generar un «clima hostil» en

el que tengan lugar actos de violencia o discriminación contra grupos sociales especialmente vulnerables.

A pesar de todo lo cual, una vez que al final el Tribunal Constitucional ha considerado que el delito era legítimo que permaneciera en nuestro ordenamiento sobre la base de su interpretación correctora, se hace necesario tomar posición acerca de la «menos mala» de las posibles reconstrucciones del art. 607.2 Cp. Así las cosas, descartado de *lege lata* que pueda ser definido ni como un delito de peligro concreto ni exigiendo un «contexto de crisis»¹³⁶⁰, *entiendo entonces que la lectura dada por el Tribunal Supremo sería la más adecuada*. Frente a la mayoría de la doctrina que ha apostado por considerar que se trata de una figura de «peligro abstracto», *aprecio como un paso favorable la opción del Supremo de concebirlo como un delito de «peligro hipotético» o «potencial», en el que al menos se deba acreditar en el proceso la «idoneidad» de la conducta para lesionar el bien jurídico. Supone una forma de corregir el déficit de ofensividad abstracta de la conducta, un mínimo necesario vistas las carencias del precepto*. Ocurre que, así interpretado, será muy difícil que resulte de aplicación; de hecho, como se ha visto, ante un claro supuesto de difusión pública de publicaciones negacionistas como el caso Kalki, el Supremo terminaba absolviendo a los acusados¹³⁶¹. De tal manera que nos encontraríamos con un *delito «de mera conducta»*, que se consumaría con la «difusión pública de ideas justificadoras del genocidio» (o que pretendan la rehabilitación de este tipo de regímenes), pero de «*peligro hipotético*», lo que exige que se acredite la *idoneidad de la conducta para generar un clima hostil del que deriven actos de discriminación y violencia racial contra «grupos diana»*.

En cuanto al *dolo*, optaría por exigir que se integre tanto por el conocimiento del «carácter justificador» de los contenidos publicados, como por la voluntad de generar a través de la difusión tal clima de hostilidad. Podría plantearse como una suerte de «dolo específico» de que se genere tal clima, que daría lugar a un delito de «resultado cortado», aunque éste no sea un elemento del tipo sino que nace de la interpretación «aditiva» dada por el Tribunal Constitucional. Se correspondería con ese «elemento tendencial» que ha considerado implícito. Por su parte, aunque no toda conducta negacionista tenga

¹³⁶⁰ A este respecto, *cfr.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, *passim*.

¹³⁶¹ Al final, y aunque no sea elemento expreso del tipo, se impone la línea indicada por LANDA GOROSTIZA de forma que sólo un «contexto» de «minicrisis» podrá justificar la idoneidad de la conducta típica para lesionar el bien jurídico (*cfr. La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 173; «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 318 y criterios para valorar el contexto de crisis en p. 342; y «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 607 y 622).

que ser en todo caso racista, este elemento de reproche estaría implícito en el delito y por tanto *no sería aplicable la agravante por motivos racistas*.

Así entendido, *el bien jurídico* podría situarse en la «seguridad existencial» de los grupos sociales, pero definida de forma «objetiva», es decir, no tanto como una «atmósfera» o «tranquilidad» social, sino como una situación de desorden material en la que se pudieran ver comprometidos bienes individuales de los miembros de esos grupos sociales. De manera que el bien jurídico «seguridad existencial» sería en realidad una síntesis de tales bienes individuales. Creo en este sentido que hay que alejarse de concepciones «subjetivas», como la «tranquilidad pública», o de bienes «ideales», como la «dignidad humana», que dificultan poder «conceptuar» la idoneidad ofensiva de la conducta. Ya de por sí con bienes supraindividuales con base material -como la «seguridad existencial» de los grupos, o el «orden público» en sentido objetivo-, la configuración de la idoneidad ofensiva de la conducta exige salirse del ámbito de la «causalidad» en sentido naturalístico para tener que apreciar elementos socio-políticos, complicando notablemente la labor del juez; tanto más si lo que se tiene que valorar es una «atmósfera social» desde una perspectiva subjetiva.

En cuanto a su relación con otras figuras afines, entre los arts. 615, 510 y 607.2 Cp., y aunque existan diferencias a la hora de concebir sus bienes jurídicos y el «resultado lesivo temido», creo que lo mejor en definitiva es entender que existe 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 a la creación de un clima de hostilidad (art. 510 Cp.), hasta la provocación indirecta pero cierta (¿remota?) a un clima de hostilidad o al genocidio (art. 607.2 Cp.). «Adelantamiento» que, además, comparto con LANDA GOROSTIZA que debe identificarse no sólo por la «forma» de la provocación (directa, indirecta, etc.)¹³⁶², sino también en atención al «grado» de la peligrosidad -aquello que he llamado el «grado de probabilidad»- y a la inmediatez. Ante unos mismos hechos, la concurrencia de estos delitos deberá resolverse como un «concurso (aparente) de leyes». Sí que podría, sin embargo, plantearse un «concurso ideal» con los delitos de injurias en tutela del honor.

¹³⁶² Cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 338, y *supra* epígrafe 4.2 en este Cap.

6.4. Balance según las exigencias punitivas derivadas de la Decisión marco 2008/913/JAI

Con la Decisión marco, como ha podido ser analizado con detalle, se imponían toda una serie de exigencias a los Estados miembros en materia penal para la lucha contra el racismo y la xenofobia, entre las que se recogía específicamente el castigo de conductas negacionistas. De manera que dentro de que las posibilidades que la Decisión marco dejaba abiertas a los Estados puede ser interesante hacer alguna anotación contrastando nuestro marco punitivo con el indicado por la normativa europea.

En cuanto al castigo de las conductas negacionistas, la Decisión marco refiere el castigo de la «apología pública», la «negación» y la «trivialización flagrante» de los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra (tanto de los crímenes nazis como en general según la descripción típica que realiza el Estatuto de la Corte Penal Internacional). Ahora bien, según su definición básica su castigo sólo será requerido en tanto que estén dirigidas contra ciertos «grupos diana» y además puedan «incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro». Por tanto, la *ratio* de la Decisión marco parece clara: que sean castigados los discursos negacionistas, con independencia de su «forma» de expresión, pero siempre que tengan el efecto incitador a la violencia o al odio contra determinados grupos. Si en la letra a) de la Decisión marco exige el castigo de la incitación pública a la violencia o al odio, lo que hace el legislador europeo es identificar entonces unas formas «encubiertas», por tanto no directas, que pueden también dar lugar a tal incitación, y las incrimina aunque exigiendo que se verifique su condición provocadora. Lo importante es su «eficacia» como forma de «incitación» y no la «forma» como se revista la provocación: podrá ser «directa» (letra a del art. 1 de la Decisión Marco) o a través de formas «encubiertas» como son la apología, la negación, etc (letras c y d de la Decisión marco).

Así entendidas las exigencias «básicas» impuestas por la normativa europea, el marco punitivo español dejaría algunas lagunas. Primero, el art. 510 Cp. castigará la incitación a la violencia o al odio contra grupos, pero sólo en tanto que la provocación sea «directa», lo que podría corresponderse con la letra a) de la Decisión marco, pero dejaría fuera las formas encubiertas. ¿Qué ocurre con el art. 607.2 Cp.? Pues, en primer lugar, que después de la intervención del Tribunal Constitucional sólo castigaría conductas de incitación indirecta a través de la «justificación», lo que podría identificarse con la «apología» y con la «trivialización flagrante», pero habrían quedado sin cobertura conductas de «negación» que pudieran suponer una incitación indirecta a la violencia o al odio. Ya se advirtió lo

deficitaria que resultaba la decisión del Tribunal Constitucional en este punto. Pero, además, tampoco coincide el «objeto» de referencia «justificado» (según el art. 607.2 Cp.): El art. 607.2 se refiere a la justificación específicamente del «delito de genocidio»; mientras que la normativa europea va dirigida también a crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Por lo que si se diera una justificación de crímenes de guerra o contra la humanidad no constitutivos de genocidio, ésta sería (en principio) impune en el ordenamiento español aunque supusiera una instigación indirecta al odio o a la violencia contra ciertos grupos. El art. 615 Cp., por su parte, sólo podría castigar aquellas formas de provocación «directas».

Así las cosas, el marco punitivo español dejaría una doble laguna: por un lado, la «negación» del genocidio que pudiera resultar idónea para incitar indirectamente al odio o a la violencia; y, por otro, conductas de negación, justificación o trivialización referidas a crímenes de guerra o contra la humanidad, distintos del genocidio, que igualmente pudieran operar como formas indirectas de provocación a la violencia o al odio.

Para evitar tales lagunas se pueden aducir la concurrencia en esos casos de los delitos de injurias, especialmente el delito de informaciones injuriosas del 510.2 Cp.; o, en el resto de supuestos, el art. 170 Cp., acogiéndose a la cláusula de la Decisión marco que permite castigar estas conductas sólo cuando tengan carácter amenazante.

En cuanto a las penas, la Decisión marco imponía que tales conductas fueran castigadas con una pena máxima de «uno a tres años de prisión» como mínimo. En tal sentido, el art. 607.2 Cp. se encontraría dentro de este umbral ya que impone una pena de prisión de uno a dos años; al igual que las penas del art. 510 Cp., con penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses o del art. 615 Cp., toda vez que la pena inferior en uno o dos grados a la de los delitos contra la Comunidad Internacional estaría también dentro del marco exigido¹³⁶³. Las penas del art. 170 Cp. también establecen un máximo dentro de la franja de los 1 a tres años, al incrementar en un grado las previstas en el art. 169 Cp. (que son o bien de prisión de seis meses a tres años o bien de seis meses a dos años).

Más problemática es la exigencia del castigo de la «incitación» a estas conductas requerida por el art. 2º de la Decisión marco. La obligación de interpretación conforme con el Derecho europeo llevaría a tener que aplicar el art. 615 Cp. también al art. 607.2 Cp.; algo que, sin embargo, es rechazado por toda la doctrina al considerar que supondría un manifiesto conflicto con la

¹³⁶³ Por ejemplo, en el delito de genocidio del art. 607.1 Cp. se imponen penas que oscilan entre los 15 a 20 años de prisión, a penas de entre 8 a 15 años de prisión en los casos de las conductas menos graves.

Constitución¹³⁶⁴. En cuanto al resto de delitos que también podrían concurrir para cubrir el espectro punitivo definido por la Decisión marco no es posible castigar sus actos preparatorios y, por tanto, no habría forma de aplicar la cláusula del art. 2 de la Decisión marco.

7. La propuesta de reforma del Código penal. Crítica

El Gobierno de España, el 20 de septiembre de 2013, aprobaba la remisión a las cortes del **proyecto de Ley Orgánica para la modificación del Código penal de 1995**, entre cuyas propuestas incluye una sustancial modificación del delito de negacionismo. Según la Exposición de Motivos de la propuesta: «Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.». Se trata, además, de una cuestión de extrema actualidad como consecuencia de diversos episodios acaecidos en 2013 en relación a actos de exaltación del nazismo y del franquismo y a actuaciones de grupos extremistas¹³⁶⁵, los cuales han tenido gran repercusión social y han dado lugar a diversas iniciativas parlamentarias que se han preocupado por la «necesidad» de actualizar la regulación del discurso del odio en España¹³⁶⁶. El

¹³⁶⁴ *Vid. supra* epígrafe 2.2 en este Cap.

¹³⁶⁵ Así, por ejemplo, la celebración de una corrida de toros en agosto de 2013 en Pinto pese a que en la bandera y de cara al público había pintada una cruz gamada con el lema «Adolf Hitler tenía razón»; o las fotografías publicadas de dirigentes de Nuevas Generaciones exhibiendo banderas franquistas o realizando saludos franquistas; las declaraciones del alcalde de Baralla (Lugo), afirmando que los condenados a muerte por el franquismo «será que se lo merecían»; o el homenaje a diferentes miembros de la División Azul realizado por la Delegada del Gobierno en Cataluña; o los ataques en septiembre de 2013 en la celebración de la Diada en la sede de la Generalitat en Blanquerna.

¹³⁶⁶ Destacan en este sentido la Proposición no de Ley sobre medidas contra los actos de apología de la dictadura franquista y el fascismo, para su debate en la Comisión de Justicia, presentada por Izquierda Plural (BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 320, de 10/09/2013, p. 17), o la «Proposición no de Ley sobre las reformas legales necesarias para tipificar el negacionismo y mejorar la regulación de los delitos relativos a “discurso del odio”» presentada por el Grupo Parlamentario de UPyD, en fecha 17 de junio de 2013. También la moción del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), relativa a la modificación del Código Penal para tipificar como delito la banalización del holocausto o del nazismo, sea a través de la utilización de símbolos nazis y totalitarios, sea mediante la adjetivación de líderes, entidades e instituciones demócratas con el calificativo de "nazi", "nazista" o "nazismo" (DS. Congreso de los Diputados,

propio Ministro de Justicia RUÍZ GALLARDÓN reconocía al presentar en el Congreso el proyecto de reforma del Código penal que había sido particularmente sensible con los delitos de incitación al odio¹³⁶⁷. Un proyecto que, además, recibió importantes propuestas de mejora con respecto al anteproyecto por parte de los altos órganos consultivos¹³⁶⁸.

Pleno y Dip. Perm., núm. 144, de 09/10/2013 Pleno, p. 72). Y las preguntas parlamentarias del señor Jon IÑARRITU GARCÍA, Diputado de AMAIUR, en la que se interesaba acerca de si el Gobierno tenía intención de perseguir la «apología del franquismo» (BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 332, de 30/09/2013, p. 44) y (BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 382, de 26/12/2013, p. 405); o de la Sra. Rosa Díez González, sobre la agresión de un grupo fascista en la sede de la Generalitat de Cataluña en Madrid (BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 378, de 18/12/2013, p. 103).

¹³⁶⁷ En concreto afirmaba el Ministro: «Les puedo asegurar que este es un tema al que hemos sido muy sensibles y -como a todo- al que le hemos dedicado muchas horas de estudio.» (DS. Congreso de los Diputados Núm.165 de 12/12/2013 Pág: 46 Pleno Debate de totalidad).

¹³⁶⁸ Recojo aquí el texto del delito de negacionismo, incorporado como parte del art. 510 en el anteproyecto que fue sometido a los principales órganos consultivos, el cual puede ser de utilidad para comprender el análisis posterior a la formulación definitiva:

«Artículo 510.

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

a) *Quienes 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 o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad.*

b) *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.*

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

a) *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 o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o 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.*

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la difusión de los contenidos a que se refiere el párrafo anterior se hubiera 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 aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas.

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 o*

Así las cosas, el texto propuesto por el Gobierno para el castigo del negacionismo se incorporaría en un nuevo artículo 510 CP, que cito al completo:

«Ducentésimo decimoséptimo. Se modifica el artículo 510, que queda redactado del siguiente modo:

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

a) Quienes 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, 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, enfermedad o discapacidad.

*c) Quienes **nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio,***

raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

*c) Quienes **nieguen, hagan apología, o trivialicen gravemente los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado** que se hubieran cometido contra un grupo o una parte del 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 o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, **y que hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.***

3.- 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 refiere el apartado anterior 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.» -énfasis míos-

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

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, 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, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de prisión 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 aquél 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. 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.» (énfasis míos).

El análisis completo de este nuevo artículo 510 Cp. seguramente dará pie a una notable crítica doctrinal visto el afán omnicomprensivo y severamente incisivo sobre la libertad de expresión, amén de su redacción confusa. Aquí me centraré únicamente en el análisis de la conducta referida al negacionismo (letra c), apartado 1^º ¹³⁶⁹. Lo primero que destaca en la sanción de las conductas negacionistas propuesta es la «mejora» en su ubicación sistemática, para ser incorporado junto a las conductas de provocación al odio (art. 510), en lugar de entre los delitos contra la Comunidad Internacional, ya que, tal y como había sido aplicado por la jurisprudencia y según la propia *ratio* de la Decisión marco, se trata de una disposición relacionada con la lucha contra el racismo y la xenofobia más que con la prevención del genocidio, algo hoy día lejano para las sociedades europeas¹³⁷⁰.

En la formulación literal de la propuesta de precepto, las *acciones típicas* serían «negar», «trivializar gravemente» o «enaltecer» y el objeto de tales acciones debiera ser delitos de «genocidio», «de lesa humanidad» o delitos en «conflictos armados», o el «enaltecimiento de sus autores». Hasta aquí la formulación es bastante similar a la de la Decisión marco, aunque con algunas importantes diferencias. En primer lugar, la propuesta prefiere el uso del verbo «enaltecer» al

¹³⁶⁹ Señalar que también se recoge un artículo 510 ter referido a las personas jurídicas que se adecua también a las exigencias derivadas de la Decisión Marco: «*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.».

¹³⁷⁰ En este sentido, afirma la Exposición de Motivos del Proyecto que «Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.».

de hacer «apología», que era el referido por la Decisión marco europea y por el que se había decantado en el anteproyecto. La opción del Gobierno puede tener sentido para evitar que se cree confusiones con el concepto técnico-jurídico de apología, remarcando así que lo que se pretenden castigar son acciones de loa o ensalzamiento¹³⁷¹. En segundo lugar, la propuesta legislativa cubre la laguna que deja el precepto vigente (art. 607.2 Cp.) y lleva el castigo de estas acciones no sólo a la negación del genocidio, sino también de otros crímenes de guerra y contra la humanidad, como exige la Decisión marco. Como había advertido el Consejo de Estado, pudieran presentarse discrepancias en la aplicación del delito: y es que la Decisión marco refiere, por un lado, los delitos tal y como son definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y, por otro, según el Estatuto del Tribunal de Núremberg; habría entonces que comprobar si la definición de nuestro Código penal, a la que en principio debe entenderse remitida, se compadece o no con aquellas¹³⁷². En cualquier caso, el principio de interpretación conforme a la Decisión marco podría ayudar a cubrir esta laguna de llegar a plantearse. Asimismo, en tercer lugar, la propuesta de precepto va más allá de lo previsto por la Decisión marco y plantea el castigo no sólo de la negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos, sino también de sus autores. En cuarto lugar, en donde se separa de la Decisión marco es al no recoger el castigo de la instigación a este delito¹³⁷³, algo que sería difícilmente justificable constitucionalmente¹³⁷⁴.

Pero el punto donde la discrepancia con la Decisión marco sería más notable, y más preocupante desde un punto de vista constitucional-penal, viene dado porque la propuesta de precepto *no exige que tales acciones se den públicamente*, permitiendo por tanto el castigo de los actos de negación o trivialización privados, incluso en conversaciones entre dos personas. Es cierto que, en la medida que el castigo de la conducta exige el favorecimiento de un clima

¹³⁷¹ A este respecto, el Consejo Fiscal había propuesto completar la descripción típica «con la mención a que la conducta suponga asimismo “ensalzamiento de los genocidas o descrédito, menosprecio o humillación de sus víctimas” pues esta suele ser una forma muy caracterizada de negación del genocidio» (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, p. 312). Las conductas de humillación o menosprecio a las víctimas podrían ser castigadas por el apartado 2º, pero el Gobierno sí que habría cambiado el término «apología» por el de «enaltecimiento». Véase también en este punto el Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, de 27 de junio de 2013, p. 66

¹³⁷² A juicio del Consejo de Estado «no debe objetarse aquella aparente –solo aparente– falta de correspondencia-» (Dictamen n. 358/2013, de 27 de junio de 2013, p. 67).

¹³⁷³ Así lo pone también de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado n. 358/2013, de 27 de junio de 2013, pp. 66 y 67.

¹³⁷⁴ A este respecto véanse las críticas que ya hizo la doctrina española a la posible aplicación del art. 615 al 607.2 Cp., castigando la apología de la apología, *supra* epígrafe 4.2.1 en este Cap.

de hostilidad, se hace difícil el castigo de las conductas privadas, pero no se puede descartar. Tanto es así que el apartado 3º prevé que la sanción se aplique en su mitad superior cuando los hechos se hubieran cometido a través de medios que permitan su acceso a un elevado número de personas. Pero, incluso, si se pone en relación la letra c) con la letra b) del apartado 1º, podría plantearse si los contenidos «negacionistas» pueden entenderse dentro de aquellos «idóneos para fomentar» indirectamente al odio, y, en consecuencia, su sola producción puede justificar la sanción penal si se hace por motivos racistas u otros reprochados por la norma. De tal manera que en hipótesis, de ser aprobado el delito como se propone, sería típica la conducta de una persona que un día, cargado de un mal sentimiento, se sentara a redactar una carta negando fieramente el Holocausto, o incluso justificándolo, y luego la metiera en su escritorio y la dejara allí¹³⁷⁵.

El precepto propuesto en la letra c) del apartado 1º añade, sin embargo, otras cualificaciones para «afianzar» la ofensividad de la conducta. Por un lado, «parece» señalar que la acción debe ir referida contra un «grupo diana» o sus miembros: *«cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo»*. No obstante, la redacción en este punto pudiera ser mejorable ya que la referencia a «cuando se hubieran cometido» puede suscitar dudas: ¿cuándo los delitos de genocidio o de guerra se hubieran cometido contra determinados grupos? ¿O - como yo entiendo- cuándo las conductas de negación o banalización vayan dirigidas contra estos grupos o sus miembros? Por otro lado, el precepto exigiría un elemento subjetivo adicional: que se actúe *«por motivos racistas, antisemitas u otros»*. Nuevamente aquí el Gobierno se aleja de lo dispuesto por la Decisión marco, la cual únicamente sitúa unos «grupos diana», pero no exige ninguna motivación específica para el castigo de los delitos. Además, entre las «motivaciones» reprochadas incluye una muy particular: la ideológica¹³⁷⁶.

¹³⁷⁵ Podría plantearse si a la conducta de «producción» de este tipo de contenidos recogida en la letra b del apartado 1º le es exigible también el elemento subjetivo adicional de la finalidad de distribuir a terceras personas el material realizado. Para ello el Gobierno en lugar de una coma debería haber usado un «o posean con la finalidad». En cualquier caso, incluso con la exigencia de tal elemento subjetivo, el castigo de este tipo de conductas sigue siendo a mi juicio muy problemático.

¹³⁷⁶ El propio Ministro GALLARDÓN en su réplica en el debate en el Congreso al presentar el proyecto de reforma del Código penal expresaba cómo se había ido en este punto más allá de lo previsto por la Decisión marco: *«Pero hemos ido más allá de la decisión marco y lo que hemos hecho es reflejar el rechazo radical de todos los actos de incitación a la discriminación, al odio o a la violencia de que puedan ser objeto cualesquiera colectivos o minorías que estén limitados por la raza o por su origen nacional, que lo estén por razón de sexo o de orientación sexual, por identidad de género o por motivos políticos. También hemos incluido, y esto es importantísimo, los actos de*

Mientras que la Decisión marco decidió no incluir las referencias a los motivos políticos o ideológicos, lo que, como se vio, suscitó críticas sobre todo entre los países del Este particularmente sensibilizados por los delitos del régimen soviético; ahora el Gobierno sí que opta por su incorporación. Se refuerza así la consideración de que en estos supuestos puede estar en juego no sólo la libertad de expresión, sino también la ideológica (por más que repugnen las ideologías que puedan enaltecer o trivializar ciertos hechos). Por otro lado, la propuesta finalmente adoptada por el Gobierno no recoge la cláusula francesa que sí que había previsto en el anteproyecto según la cual sólo se castigaría la negación o banalización de aquellos delitos declarados judicialmente, algo que creo que debe ser valorado positivamente como había propuesto el Consejo de Estado¹³⁷⁷.

El elemento típico en el que se concentraría el reproche de injusto sería, por último, la exigencia de que estas conductas sean castigadas «*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*». Esta cláusula, necesaria sin lugar a dudas para justificar la ofensividad de la conducta, está formulada en un modo francamente perturbador, como ya fuera criticado tanto por el Consejo Fiscal¹³⁷⁸ como por el Consejo General del Poder Judicial¹³⁷⁹ y por el Consejo de Estado¹³⁸⁰ en sus respectivos informes al anteproyecto de ley. Se hace necesario, por tanto, tratar de desgranar el contenido de la misma. En primer lugar, nos encontramos con un delito que exigiría una suerte de «resultado» que va más allá de la mera realización de la conducta típica. Con ella se deberá «promover» o «favorecer» un cierto «clima». De esta manera, parece que se vendría a construir un delito de peligro concreto, en el que el «resultado de peligro» sería la promoción o favorecimiento de tal clima de violencia o hostilidad. Ahora bien, no se castigaría por «crear» en sí el clima, sino por «promoverlo» o «favorecerlo», conceptos mucho más vagos. Pero, además, el «resultado peligroso» es igualmente difuso: no se trata de la comisión de un delito,

incitación al odio o a la violencia por motivos ideológicos.» (énfasis míos) (DS. Congreso de los Diputados Núm.165 de 12/12/2013 Pág: 46-47 Pleno Debate de totalidad).

¹³⁷⁷ El Consejo de Estado había advertido aquí que tal cláusula no formaba parte del tipo básico establecido por la Decisión marco y que probablemente su fijación hubiera requerido de la correspondiente reserva al momento de la firma de la norma europea según el art. 1.4 de la propia Decisión marco (Dictamen n. 358/2013, de 27 de junio de 2013, p. 67).

¹³⁷⁸ 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.

¹³⁷⁹ 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.

¹³⁸⁰ 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.

ni de un acto o de actos concretos de violencia o discriminación, sino de un genérico clima que abarcaría desde situaciones no delictivas e incluso ni siquiera ilícitas (odio u hostilidad) a otras más graves como la violencia o la discriminación. Precisamente este punto fue el más criticado por los informes de los órganos consultivos antes señalados, el Consejo Fiscal proponiendo que lo favorecido fuera una mera «actitud» de hostilidad¹³⁸¹; y del Consejo General del Poder Judicial, a cuyo juicio se podrían usar incitar «directa o indirectamente» al odio o a la hostilidad¹³⁸². De hecho, una vez que se ha incluido el castigo de las conductas negacionistas a la par de las conductas de incitación al odio (letra a), bien plantearse el castigo del negacionismo como una modalidad específica de éstas y, por tanto, valiéndose de la misma cualificación («promover» o «incitar» al odio o a la hostilidad), como propuso el Consejo General del Poder Judicial. No obstante, la propuesta del CGPJ tampoco parece resultar adecuada, ya que seguía permitiendo que se castigaran conductas de provocación a actos que no resultan en sí mismos delictivos (odio u hostilidad), algo que ha sido notablemente criticado por la doctrina en relación al vigente art. 510.1 Cp., como fue estudiado en este trabajo¹³⁸³. Como tampoco convencía la imprecisa propuesta del Consejo Fiscal. Ahora bien, siendo la configuración de un delito de peligro concreto mejor que su anterior tipificación como una figura de peligro hipotético o abstracto, la opción de mantener la genérica referencia a la promoción de un clima de hostilidad a mi entender resulta insuficiente, abriendo las puertas a la arbitrariedad judicial y a la inseguridad en la aplicación futura del precepto si así se mantiene, dada la vaguedad valorativa a la que llevan estos elementos que definen un impreciso «resultado de peligro» con contornos sumamente difusos y para cuya constatación será necesaria una deslizante valoración del contexto socio-político.

La ubicación del castigo de las conductas negacionistas dentro del propio precepto propuesto también merece mención, como se ha adelantado. En el anteproyecto las conductas negacionistas se castigaban en el apartado 2º, con penas de prisión de entre seis meses y dos años y multa, lo cual fue criticado por

¹³⁸¹ En concreto, se recoge en el Informe: «es precisamente la utilización de este término, dado el debate dogmático acerca de si “el clima” requiere un contexto previo de crisis o de si se trata de proteger a los menores de edad que aún no están suficientemente formados o si no requiere tales elementos y cómo se mide entonces y su vinculación con el antes expuesto “efecto desaliento”. Se entiende por ello más adecuado utilizar el término “actitud” en lugar del “clima”». (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, p. 312).

¹³⁸² 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.

¹³⁸³ *Vid. supra* epígrafe 3.2 en este Cap.

los órganos consultivos que no comprendían que, si el contenido de injusto era similar al de las conductas de incitación del primer apartado, pudieran entonces haber tan sensibles diferencias punitivas¹³⁸⁴. De ahí que se haya optado por reubicar el castigo de las conductas negacionistas en el apartado 1º. Así las cosas, las conductas negacionistas podrán ser castigadas con penas bastante severas (de prisión de uno a cuatro años y multa), pero, aún más, el apartado 4º permite su agravación en su mitad superior y que podrá elevarse hasta la superior en grado, cuando las conductas resultaran «*idóneas para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo*». De tal manera que si el juicio de peligrosidad concreta lleva a constatar no sólo la creación de un genérico clima de hostilidad, sino la efectiva alteración de la paz pública o de la tranquilidad pública, entonces las penas serán todavía más graves. La primera duda que surge de la inclusión de este apartado sería: ¿cuál es el bien jurídico tutelado por el apartado 1º, letra c)? Las conductas del primer apartado estarían castigando acciones cuya ofensividad es «previa» a la alteración de la paz pública, se estaría tratando de prevenir un mero «envenenamiento» social, un clima de hostilidad que no tiene la entidad ni de una perturbación contra la paz pública. Pero, además, el texto propuesto recoge una noción subjetiva de «paz pública», Hermanándola con el «sentimiento de inseguridad o temor» de los ciudadanos. Algo que crea todavía más inseguridad en la aplicación judicial, obligando a que los jueces tengan que valorar sentimientos sociales etéreos sin ni siquiera una base material.

De manera que la valoración final de la propuesta de reforma planteada por el gobierno ha de ser ciertamente negativa, ya que pretende introducir en nuestro ordenamiento un grave (por sus penas) delito de clima, cuya ofensividad se pretende justificar en la peligrosidad de envenenamiento u hostilidad social pero que no llega a la perturbación del orden público, y de alcanzarse tal fuerza como para poder ser considerada una alteración de la tranquilidad pública, entonces propone exacerbar aún más las penas. Para poder castigar estas conductas se

¹³⁸⁴ El CGPJ había advertido del sinsentido que suponía que se castigara con la misma pena, representando conductas con una gravedad cualitativamente diferente, en la letra b) el «enaltecimiento o la justificación» de este género de delitos, mientras que en la letra c) se castiga la «apología», que es sustancialmente lo mismo, pero exigiendo además el favorecimiento a tal clima de hostilidad. De hecho, a juicio del CGPJ la letra c «es perfectamente parangonable al supuesto enunciado en el artículo 510.1.a)», por lo que carecería de justificación el trato penal más benigno que recibe el delito de negacionismo. Sugiera entonces sancionar el supuesto de apología con mayor gravedad (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). Véase también en este punto 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 y 67.

delega en el juez para que valore peligrosos contextos socio-políticos y motivaciones subjetivas. Y la tramitación parlamentaria no tiene visos de mejorar la cuestión. La lectura de las intervenciones parlamentarias da prueba de la baja concepción que nuestros diputados tienen de la libertad de expresión, pero, sobre todo, permite ver la resbaladiza pendiente que se abre con el castigo de este género de conductas. Tanto es así que una de las preocupaciones más señaladas por sus señorías es lograr que este tipo penal se extienda al castigo del cuestionamiento de cualesquiera otros crímenes odiosos, entre los que destacan la banalización de los crímenes franquistas o los terroristas¹³⁸⁵. Incluso, se plantea

¹³⁸⁵ Así, por ejemplo, preguntaba al Ministro de Justicia lo siguiente el señor TARDÁ Y COMA en el debate sobre el proyecto de reforma del Código penal en el plenario del Congreso, después eso sí de un alegato a favor de la libertad de expresión y en contra del delito de injurias a la Corona y del delito de ultrajes a España: «Finalmente, ¿dónde está la penalización de la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo o el nacionalcatolicismo? ¿Por qué no aparece nada de todo esto?». También el diputado BALDOVÍ RODA hacía toda una defensa de la libertad de expresión pero ni una referencia al delito de negacionismo. La respuesta del Ministro a la pregunta del señor TARDÁ muestra la amplitud a la que va dirigida el precepto: Por lo que respecta -que también se ha planteado hoy aquí- a la concreta referencia en el Código Penal al nazismo o al fascismo, hemos considerado mucho más oportuna y amplia la referencia a determinadas conductas totalitarias, como sin duda lo son el nazismo y el fascismo, combatiendo de forma general todas las conductas de incitación al odio y de negación trivializada de los delitos de genocidio y lesa humanidad. Para ello la redacción del precepto debe permitir la subsunción en el tipo penal de todos los supuestos que puedan plantearse, no de unos específicos, de unos concretos, sino de todos los supuestos, absolutamente todos. Créanme, señorías, que en este caso tiran piedras contra su propio tejado, porque si incluimos dos conductas totalitarias, parece que, a contrario sensu, podría interpretarse por los tribunales que estamos excluyendo otras y nuestra obligación es *incluir las todas, se llamen nazismo, fascismo, rexismo o cualquier conducta totalitaria que exista y no, mediante la mención de algunas, la exclusión de algunas otras*. Esto es también lo que hacen mayoritariamente los códigos penales de nuestro entorno.» -énfasis míos- (DS. Congreso de los Diputados Núm.165 de 12/12/2013 Pág: 28-47 Pleno Debate de totalidad). En este sentido pueden verse también las proposiciones mencionadas en nota anterior. Por un lado, la del Grupo Parlamentario de UPyD presentada el 17 de junio de 2013, «Proposición no de Ley sobre las reformas legales necesarias para tipificar el negacionismo y mejorar la regulación de los delitos relativos a “discurso del odio”», en cuya exposición de motivos menciona distintos genocidios, entre los que incluye «los genocidios estalinistas, maoístas, camboyano o el Gulag en la Unión Soviética o incluso otros extendidos pero ciertamente perversos como el que niega o cuestiona la represión franquista». Y, por otro, la Proposición no de Ley sobre medidas contra los actos de apología de la dictadura franquista y el fascismo, para su debate en la Comisión de Justicia, presentada por Izquierda Plural (BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 320, de 10/09/2013, p. 18), en la que se instaba «Introducir, en el marco de la próxima reforma del Código Penal, la tipificación como delito de los actos de apología de la dictadura franquista y del fascismo, así como la negación o trivialización del Holocausto.». En el transcurso del debate sobre estas proposiciones, la diputada DíEZ GONZÁLEZ advertía que «Únicamente hemos presentado una enmienda para añadir a los delitos que menciona dicha proposición no de ley de La Izquierda Plural el delito de totalitarismo y terrorismo.» (DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 406, de 25/09/2013, p. 29).

que haya de castigarse los actos de «catalanofobia»¹³⁸⁶. También se quiere llevar la sanción penal a la exhibición de símbolos o a insultos como puede ser llamar «nazi» a una institución democrática¹³⁸⁷. A mi juicio, prueba todo ello de una esquizofrenia política que pretende lograr la tolerancia a base de sanciones penales.

¹³⁸⁶ En tal sentido se manifestaba el diputado BOSCHI PASCUAL en el debate en el Congreso sobre la moción de *Convergència i Unió* relativa a la modificación del Código penal para tipificar como delito la banalización del Holocausto o del nazismo: «No solo estamos de acuerdo con esta moción, sino que habría que hacer más y cuando llegue el momento propondremos un cambio en la ley y en el Código Penal del Reino de España que, como cualquier otro código penal de cualquier otro Estado que ha sufrido los excesos del nazismo, del fascismo o de todo lo que se le parece, tiene una legislación ad hoc muy concreta que ilegaliza y condena organizaciones nazis, filonazis, fascistas, parafascistas o nacionalcatólicas o falangistas o apologetas de la División Azul o catalanóforas.» (DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 144, de 09/10/2013 Pleno, p. 72).

¹³⁸⁷ Así, la moción del Grupo Parlamentario *Catalán (Convergència i Unió)*, relativa a la modificación del Código Penal para tipificar como delito la banalización del holocausto o del nazismo, sea a través de la utilización de símbolos nazis y totalitarios, sea mediante la adjetivación de líderes, entidades e instituciones demócratas con el calificativo de "nazi", "nazista" o "nazismo" (DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 144, de 09/10/2013 Pleno, pp. 71 y ss).

PARTE 3ª.- LA PELIGROSA FRONTERA DE LA INCRIMINACIÓN DEL NEGACIONISMO

CAPÍTULO 7

Reconstrucción del delito de negacionismo bajo el prisma de los principios constitucionales en un ordenamiento abierto y personalista

1. La difícil caracterización del discurso negacionista

1.1. La dañosidad social del discurso negacionista y su caracterización social (recapitulación)

El «discurso negacionista», o, más en general, el «negacionismo» es un fenómeno complejo de difícil categorización y límites imprecisos. Como se ha podido ver en el Capítulo 2, existiría un hijo degenerado del «revisiónismo histórico» de la II Guerra Mundial que es generalmente conocido como «negacionismo del Holocausto», el cual se caracteriza por pretender negar o minimizar la existencia de los crímenes nazis falsificando abiertamente la Historia¹³⁸⁸. Sus métodos resultan alejados de cualquier metodología académica mínimamente contrastable y normalmente se asocia con un discurso ideológico anti-semita que pretende rehabilitar la ideología nazi¹³⁸⁹. Se veía también cómo el concepto de «negacionismo» se ha extendido a otros discursos en los que se niegan o justifican genocidios u otros crímenes contra la Comunidad Internacional, como es el caso del negacionismo de los crímenes soviéticos, o del negacionismo turco

¹³⁸⁸ Sobre los orígenes y desarrollo de las tesis negacionistas y las diferencias entre revisionismo y negacionismo, como fue referenciado en el Capítulo II, *cfr.* especialmente R. S. WISTRICH, voz «Negacionismo», *op. cit.*; P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, *op. cit.*, J. L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «El debate en torno a David Irving...», *op.cit.*, pp. 375 y ss.; J. L. RODRÍGUEZ, «El revisionismo en torno...», *op. cit.*, pp. 73 y ss., V. PISANTY, «I negazionismi», en M. CATTARUZZA, M. FLORES, S. LEVIS SULLAM, y E. TRAVERSO, *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, vol. I, Utet5, Turín, 2005-2006, pp.423-448; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. XIII y ss.; A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*, pp. XVI ss.), J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental...», *op. cit.*, pp. 223 y ss., P. P. POGGIO, *Nazismo y revisionismo histórico*, *op. cit.*, *passim*.

¹³⁸⁹ Así, por ejemplo, *cfr.* INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom* [En línea], Report n. 3, 2000; y la bibliografía citada supra Cap. 2, epígrafe 2.

del genocidio armenio, con la peculiaridad de que éste sería un supuesto de negacionismo impuesto institucionalmente por el propio Estado turco¹³⁹⁰. Así las cosas, se ha definido como «negacionistas» a «todas aquellas personas o grupos que, normalmente por unos motivos ideológicos concretos y valiéndose de discutibles metodologías académicas o pseudo-científicas, pretenden la negación o justificación de graves genocidios u otros crímenes contra la humanidad»¹³⁹¹.

Este tipo de discurso se presenta de muy diferentes formas: desde aquellos que se revisten con métodos «pseudo-científicos», a otros que presentan un discurso netamente político, en el que justifican tales crímenes como forma de rehabilitar un régimen genocida por el que sienten afinidad (ya sean «filo-nazis», «estalinistas», nostálgicos «franquistas» españoles o «fascistas» italianos...) ¹³⁹²; pueden tratarse de discursos que «nieguen» de forma radical la existencia de los hechos criminales o que los minimicen cuantitativamente, o que, reconociéndolos, los presenten como «justos» o «necesarios», que «ensalcen» o «alaben» a sus autores, e, incluso, que «menosprecien» o «degraden» la condición humana de las propias víctimas y con ello justifiquen la masacre de las mismas. No obstante, lo que sí que parece es que no se puede presumir, en todo caso, una misma base ideológica ni unas motivaciones compartidas en todo discurso negacionista, y ni siquiera en el propio «negacionismo del Holocausto»¹³⁹³.

Sí que se encuentra un elemento común a este género de discursos: su carácter francamente odioso. Da igual la motivación, da igual que se trate de simplemente negar la existencia de crímenes indudablemente contrastados o de justificar las actuaciones de regímenes que han amparado crímenes de guerra; a mi juicio son, en todo caso, discursos que han de repugnar a cualquier conciencia social con unos valores cívicos mínimamente asentados. Aún más, se trata de un

¹³⁹⁰ Así se vio *supra* Cap. 2, epígrafe 1. Aunque el delito de «afirmacionismo» no ha sido estudiado en el presente trabajo, como señala FRONZA, «sebbe opposto nella sostanza alle leggi contro il negacionismo finora esaminate, questo provvedimento del legislatore turco è assolutamente omogeneo dal punto di vista della forma e della struttura: si vieta penalmente la messa in dubbio di una “verità storica” sancita come tale dallo Stato» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 58).

¹³⁹¹ *Vid. supra* Cap. 2, epígrafe 1.

¹³⁹² Por ejemplo, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 86 distingue entre negacionistas «técnicos» y negacionistas «geopolíticos».

¹³⁹³ Repasando a los distintos negacionistas del Holocausto en el Cap. 2, epígrafe 2.2., se ha podido ver cómo en muchos de ellos concurría una clara motivación antisemita o xenófoba, pero también había otros, como el propio P. RASSINIER, uno de los precursores de este movimiento, que en realidad destacó por su procedencia anarquista y anti-imperialista, aunque luego derivara en un claro antisemitismo; o R. GARAUDY, de afiliación comunista; o profesores que, a partir de investigaciones escépticas sobre aspectos variados, terminarían derivando a un negacionismo del Holocausto, como Robert FAURISSON; o revisionistas degenerados como H. E. BARNES o D. IRVING.

género de discurso claramente dañino socialmente y que nada positivo puede aportar. En absoluto creo que pueda considerarse como un tipo de discurso «inocuo». Ni una investigación pseudo-científica aporta a la Ciencia, sino al contrario, enturbia el rigor de un debate que pretenda un mínimo de nivel académico; ni aporta a una democracia un discurso ideológico que pretende promover regímenes abominables. Son discursos que a lo único que parece que sirven es a retroalimentar a personas o grupos fanáticos o a dementes descreídos. Discursos que, además, en muchos casos, como se ha podido apreciar en los procesos que se han presentado ante los tribunales, vienen aderezados con expresiones vejatorias hacia grupos sociales o con propuestas incitadoras a actos de violencia, odio o discriminación contra tales personas. Ahora bien, *¿hasta dónde una sociedad plural debe «tolerar» discursos de este género sin proscribirlos jurídicamente?*¹³⁹⁴ Porque, como se ha venido sosteniendo, una cosa será que este género de discursos pueda ser considerado «en todo caso» odioso socialmente y, en consecuencia, sea repudiado por la propia sociedad, y otra es que tenga que ser «prohibido» o «castigado» jurídicamente. Digamos que, en un orden constitucional basado en los ideales de libertad y pluralismo, el nivel de «tolerancia» en sentido jurídico se sitúa mucho más alto que la «tolerancia» social. Es la consecuencia de reconocer, entre otras, las libertades de expresión e ideológica en un sentido abierto y personalista. Ahora bien, que esté amparado un discurso no quiere decir que la sociedad deba ser condescendiente con el mismo. Y tampoco quiere decir ello que todo discurso, por muy dañino socialmente que sea, tenga que estar jurídicamente amparado. Ya sabemos que no hay libertades absolutas, y también la libertad de expresión tiene sus límites. Es ahora el momento de avanzar recopilando lo que a lo largo de este estudio se ha ido analizando, para poner en común la respuesta jurídica que se ha dado a este género de discursos y la

¹³⁹⁴ Ésta ha sido por ejemplo la postura que ha mantenido el Tribunal Constitucional español, el cual por más que reconocía el carácter «reprobable» o «tergiversado» del «negacionismo del Holocausto», y advertía que se trataba de un discurso «repulsivo» desde el punto de vista de la «dignidad humana» constitucionalmente garantizada, había en todo caso que comprobar en qué medida lesionaban «efectivamente» derechos o bienes de relevancia constitucional. Todo lo cual cerraba con la siguiente apostilla, que me permito volver a recordar aquí: «*Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de convivencia” a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos*» - cursivas más- (STC 235/2007, FJ. 4º).

adecuación constitucional de la misma según los estándares propios de un marco constitucional abierto y personalista.

1.2. Notas acerca de la imprecisa diferenciación entre «negacionismo simple» y «cualificado». Afinidades y diferencias con el «discurso del odio»

En relación con la difícil caracterización del fenómeno negacionista a nivel jurídico, desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, ha hecho fortuna la distinción entre «negacionismo simple» y «negacionismo cualificado». Como «cualificado» se consideran aquellos discursos negacionistas que afectan a la dignidad humana porque, más allá de la mera negación o cuestionamiento del Holocausto, se degrada a las víctimas judías o se manifiesta una identificación con el nazismo. Se habla de «negacionismo simple» cuando un discurso negacionista no incluyera tal carácter despectivo adicional y únicamente se negaran los «hechos» criminales¹³⁹⁵. Esta categorización estaba justificada en Alemania para delimitar los supuestos de aplicación del delito de incitación a la población (art. 130 StGB, *Volksverhetzung*), el cual exigía ese componente ofensivo adicional para la dignidad humana. Ahora bien, no hay que caer en la confusión de identificar «negacionismo simple», en tanto que «sola» negación de los crímenes, con «discurso amparado», y «negacionismo cualificado», revestido de valoraciones adicionales a la pura negación que lo convierten en degradante o provocador, y por tanto no protegido. De hecho, como se ha visto, para el Tribunal Constitucional Federal alemán el «negacionismo simple», aunque no pudiera ser castigado por el delito de incitación a la población, tampoco quedaría protegido por la libertad de expresión¹³⁹⁶.

No tan claro lo ha tenido el Tribunal Constitucional español que indirectamente ha recogido esta distinción pero valiéndose de la misma para definir el «contenido esencial» de la libertad de expresión en relación con el discurso negacionista. Así, el Constitucional español diferenciaba, por un lado, la «mera negación» del genocidio y la «mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad»¹³⁹⁷, que debieran en todo caso quedar amparadas al

¹³⁹⁵ En P. BARGIACCHI, «Cenni sulle tendenze...», *op. cit.*, p. 70 se definen de la siguiente forma: «chi solamente nega il fatto storico (negazionismo semplice) e chi, invece, mediante la negazione, istiga anche all'odio o incita alla violenza verso gruppi individuabili su base razziale, etnica, religiosa ecc. (negazionismo qualificato)». Sobre estas categorías, *cfr.* también E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 34 y las referencias ya hechas en Cap. 4, epígrafe 111.

¹³⁹⁶ BVerfGE 90, 241-255. *Cfr. supra* Cap. 4, epígrafe 111.

¹³⁹⁷ STC 235/2007, FJ. 8º.

ser consideradas «inanes»; y, por otro, otras manifestaciones que sí que incluyeran «adhesiones valorativas» adicionales, las cuales podían ser proscritas¹³⁹⁸.

En mi opinión, creo que resulta confuso tratar de fijar una frontera de lo lícito sobre la base del «contenido» en sí del discurso, es decir, si se trata de «mera» o «simple» negación de hechos, o si, por el contrario, la misma va «aderezada» con juicios de valor. Y es que, como se ha visto, los discursos negacionistas rara vez se presentan de una manera «pura» y suelen ir acompañados de juicios de valor o argumentaciones pseudo-científicas. Además, tampoco creo que, por el hecho de que se incluyan «valoraciones» o incluso «justificaciones» de ciertos delitos, ello constituya *per se* una incitación a la comisión del delito o una adhesión al mismo¹³⁹⁹. En mi opinión, la cuestión reside en ser capaces de determinar si el discurso resulta, según todas las circunstancias, injurioso, vejatorio o humillante o incita o promueve conductas de odio o de violencia o discriminación.

De tal suerte que mi propuesta sería diferenciar, dentro del género «discurso negacionista», y siempre desde una perspectiva jurídica, A) un tipo de «*discurso negacionista cualificado*» por su carácter ofensivo, ya sea insultante o provocador, deducido tanto de su contenido como de su tenor, de su intencionalidad y de su contexto; B) un «*discurso negacionista neutro*», el cual, por más que pueda repugnar por su contenido, sin embargo no revista tal fuerza ofensiva desde una perspectiva jurídica¹⁴⁰⁰. Esta distinción opera con

¹³⁹⁸ Estos fueron los argumentos que valieron al Tribunal Constitucional español para declarar inconstitucional la conducta de «negación» del genocidio, ya que la misma podía dar lugar al castigo de expresiones inanes que no tendieran a incitar o a promover el odio o la discriminación. *Vid. supra* Cap. 6, epígrafe 5.

¹³⁹⁹ Pongamos como ejemplo quienes, aunque esperan que no se repita, buscan justificación, por las circunstancias del momento, al «alzamiento» franquista o a las masacres kosovares en Yugoslavia.

¹⁴⁰⁰ En este sentido, por ejemplo, WANDRES quien entiende que no debe castigarse toda negación, sino sólo aquellas que supongan o un instrumento de ataques a intereses personales o en la que la revisión de la historia ponga en peligro graves bienes jurídicos (cfr. B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a Die...», *op. cit.*, pp. 1190 y ss). También, cfr. J. M. DE LA ROSA CORTINA, «Negacionismo y revisionismo...», *op. cit.*, p. 3, para quien sólo podrá ser sancionado el discurso negacionista cuando comporte una forma de injuria o de incitación a la discriminación, o J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 337. Sin embargo, esta premisa no es compartida por todos, y son muchos los autores que sostienen que el discurso negacionista resulta en todo caso ofensivo y, consecuentemente, reprochable jurídicamente. Ésta ha sido la posición, por ejemplo, del TEDH que ha considerado el negacionismo del Holocausto como una de las más graves formas de difamación racial y de incitación al odio contra los judíos (así, Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia y STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza) o, como se acaba de mencionar, del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGE* 90, 241-255). En doctrina, por ejemplo, cfr. V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 858, «la negazione dell'Olocausto è il principale vettore

independencia de que el contenido del discurso negacionista suponga la mera negación o incluya también juicios de valor. Pero la consecuencia más importante de este posicionamiento es que, a la hora de sancionar el «discurso negacionista», en la medida que presupongo que puede existir un «discurso negacionista neutro», y por ende meritorio de tutela, para construir los tipos penales será necesario especificar una cualificación ofensiva que justifique el castigo. Es decir, el legislador deberá especificar en la norma limitadora la razón ofensiva que justifica la restricción, sin que sea adecuado presumir la misma en la sola negación, minimización o justificación de un genocidio u otro crimen. De manera que, como se verá en los siguientes apartados, distinguiré entre aquellos delitos que en su formulación típica «cualifican» mediante una forma ofensiva a las acciones negacionistas, de otros casos en los que, sin respetar los presupuestos aquí señalados, castigan directamente toda manifestación negacionista sin precisar su forma ofensiva, con el riesgo de sancionar conductas meritorias de amparo¹⁴⁰¹.

Otra frontera que también resulta importante perfilar es la que separaría aquello que es definido como «discurso negacionista» de la categoría proscrita constitucionalmente en el ordenamiento europeo del «discurso del odio» o «*hate speech*». En cuanto a este último, no existe una definición clara de aquellos tipos de

dell'antisemitismo il quale, come il razzismo (con cui i legami sono molto stretti), è un fattore profondamente distruttivo del tessuto sociale, in quanto attenta al fondamento liberale degli ordinamenti democratici»; P. WACHSMANN, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 57, «la negazione del genocidio perpetrato dai nazisti [...] fa parte del progetto stesso del genocidio»; o el INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom*, *op. cit.*, s. p., «hay un antisemitismo inherente en el negacionismo del Holocausto, aunque puede no resultar siempre obvio o inmediatamente apreciable» [*there is an inherent antisemitism in Holocaust denial, although it may not necessarily be obvious or immediately apparent*]. También se han posicionado a favor de que cualquier discurso negacionista debe ser considerado *per se* ofensivo, entre otros, P. BARGIACCHI, «Cenni sulle tendenze...», *op. cit.*, pp. 74 y ss.; J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit.*, p. 249; A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 190; A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 101) o M. L. SUÁREZ ESPINO, «Comentario a la STC 235/2007...», *op. cit.*, p. 8. Dos cuestiones a este respecto: en primer lugar, quienes ven tal cualificación ofensiva en todo discurso negacionista en realidad se están refiriendo al «negacionismo del Holocausto». Pero es que, en segundo lugar, parece que sitúan el reproche no tanto en el carácter injusto de la conducta negacionista, sino en un desvalor que recae sobre el «autor»: más que justificar que todo discurso negacionista sea en sí mismo ofensivo de otros bienes constitucionales se dice que en la cabeza de todo negacionista hay un «racista». Asimismo, incluso algunos ordenamientos que no han establecido una «cualificación ofensiva» han tenido que recoger cláusulas de adecuación social para que no sean sancionados este tipo de discursos si están dirigidos a fines científicos, artísticos, etc.; lo que, a *sensu contrario*, permite entender que no siempre todo discurso negacionista será ofensivo, como se verá posteriormente.

¹⁴⁰¹ En este sentido, *cf.* J. CRUZ DÍAZ, «Más allá del consecuencialismo...», *op. cit.*, p. 114, quien entiende que «desde un prisma legislativo, no quede quizás otra alternativa que la de fijar criterios que ayuden a clasificar las tesis “revisionistas” en socialmente peligrosas o inocuas».

expresiones que se catalogarían como tal y puede variar de un ordenamiento a otro el tipo de discurso que específicamente se proscribe constitucionalmente bajo tales siglas¹⁴⁰². El propio TEDH no ha trazado una línea clara que defina aquello que sería propiamente el «discurso del odio» no susceptible de amparo¹⁴⁰³. Valga ahora la definición dada a este tipo de discurso en la **Recomendación nº R (97) 20 del Consejo de Europa sobre discurso del odio [*hate speech*] de 30 de octubre de 1997**¹⁴⁰⁴: «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, incluyendo: la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante»¹⁴⁰⁵. Básicamente se incluyen dentro de esta categoría aquellas manifestaciones que, con una base racista o xenófoba o que movidas por cualquier otra motivación discriminadora, resultan insultantes, vejatorias o humillantes para grupos de personas o sus miembros, o provocadoras a la violencia, el odio o la discriminación contra los mismos. De manera que, a mi entender, el «discurso del odio» debería incluir expresiones más cualificadas que un puro «discurso intolerante»; el «discurso del odio» se definiría por algo más que por difundir un contenido (ideas racistas, xenófobas, etc.) y cuanto menos requeriría generar «odio»¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰² Así, por ejemplo, ha afirmado CHRISTIANS que «[e]n Europa no existe una definición común de lo que constituye un discurso de incitación al odio» (*Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa* [en línea] 9 y 10 de febrero de 2011, Viena, p. 3. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Vienna/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf).

¹⁴⁰³ Como ha sido estudiado, el Tribunal ha considerado que puede ser legítimo reaccionar frente a «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)» (STEDH *Günduz c./Turquía*, apart. 37; *Féret c./Bélgica*, § 64 y en sentido similar STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso *Féret c./Bélgica*, § 73). Sin embargo, según se vio, el TEDH no ha mantenido un criterio homogéneo en la respuesta que da frente al discurso del odio ni frente a aquello que en definitiva recoge esta categoría, por lo que me remito a lo ya analizado *supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹⁴⁰⁴ Adoptada en el Comité de Ministros de 30 de octubre de 1997. Texto en inglés accesible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf)

¹⁴⁰⁵ [*covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred base and intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin*]

¹⁴⁰⁶ Es cierto que en ocasiones el «discurso del odio» se lleva al extremo de proscribir «ciertas» ideas por su propio contenido. Así, por ejemplo, el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 exigía la punición de la difusión de cualquier idea basada en la superioridad o en el odio racial y alguna jurisprudencia del TEDH como se ha visto especialmente en las STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto *V. A. Molnar c./*

No ocurre lo mismo con el negacionismo que es un tipo de discurso que se define por su «contenido» negador o justificador de unos crímenes. Estos discursos, por muy odiosos que resulten, no siempre tienen por qué venir inspirados ni pretender insuflar «odio» a la sociedad (de ahí que se haya distinguido un posible «negacionismo neutro»). Ni siquiera se puede confundir el castigo del «negacionismo cualificado» con el del «discurso del odio». Aunque ambas categorías estén muy relacionadas y beban de una matriz común, no creo que la finalidad de su castigo sea la misma. En el caso del negacionismo, a la voluntad de prevenir el odio y de combatir este género de fenómenos xenófobos se une una fuerte función simbólica en relación con la tutela de la memoria del Holocausto. Esto se traduce a nivel legislativo en que, aunque haya puntos de conexión en la formulación de estos delitos, existen también diferencias que avalan distinguir entre los tipos penales que sancionan el «discurso del odio» de los que castigan específicamente el «discurso negacionista»¹⁴⁰⁷. Lo que sí que puede ocurrir, y de hecho se ha visto con la Decisión marco europea, es que al final el legislador se decida a construir un delito de negacionismo según los parámetros que caracterizan los delitos propios de la legislación anti-racista y anti-xenófoba.

2. La justificación previa de la intervención penal: intento de delimitación del contenido de injusto en los discursos negacionistas

2.1. De la voluntas legislativa al bien jurídico-penal

2.1.1. El camino para el progresivo reconocimiento del específico delito de negacionismo desde las primeras legislaciones nacionales hasta la Decisión marco europea: la protección de la memoria del Holocausto nazi y la expansión del racismo y la xenofobia como fundamento

Recordando lo aquí estudiado, se ha visto cómo fueron en primer lugar algunos Estados europeos los que se decidieron a incriminar «específicamente» conductas de negacionismo del Holocausto ante la expansión por Europa de este tipo de discurso en los años noventa; una decisión político-criminal que se fue

Rumanía; Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia; o la Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹⁴⁰⁷ Por ejemplo, en el caso de los tipos negacionistas no siempre se identifica un «grupo diana» ni se requiere unas particulares motivaciones racistas o xenófobas tan características de la legislación anti-racista. Sobre los elementos característicos de este género de legislación *cfr.* especialmente E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, en particular pp. 288 y ss.

extendiendo por el resto de países europeos hasta condensarse en la Decisión marco europea¹⁴⁰⁸. Valiéndome de palabras de E. FRONZA, se puede afirmar que el delito de negacionismo ha seguido un camino «dal livello nazionale a quello internazionale»¹⁴⁰⁹, siendo éste último el agregado de las tendencias de los ordenamientos penales nacionales que, por otro lado, recogían un «reato a geografia variabile»¹⁴¹⁰.

Ello porque, a diferencia de otros delitos con los que se relaciona el delito de negacionismo (como son, por ejemplo, los delitos de apología al genocidio o de provocación a la violencia racista), se debe descartar que la exigencia de específica incriminación de las conductas negacionistas derive de tratados internacionales, por más que pueda encontrar un nexo con la fundamentación de los mismos. Ni la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, que sólo exige el castigo de conductas de instigación directa y pública a este delito; ni el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, que reclama la condena de la propaganda de ideas racistas o que pretendan justificar, promover o incitar al odio racial y la discriminación; ni el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, que prohíbe cualquier propaganda a favor de la guerra y toda forma de apología al odio¹⁴¹¹. Ninguno de estos textos refiere por tanto ninguna obligación de incriminación del discurso negacionista como tal¹⁴¹². Cuestión distinta es que este discurso pueda terminar presentándose en modo de entrar dentro de las conductas antes mencionadas y proscritas por estos tratados internacionales.

De manera que el «topos» que fundamenta la tendencia a sancionar específicamente este tipo de conductas parte de la voluntad de los Estados,

¹⁴⁰⁸ Así ha quedado expuesto a lo largo de los Capítulos 3 y 4.

¹⁴⁰⁹ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹⁰ *Íbidem*, p. 15.

¹⁴¹¹ En este sentido, *cfr.* J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, 40, o M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1157, quien advierte que «el argumento basado en la existencia de supuestas obligaciones internacionales de castigar no sólo no convence, sino que parece incluso olvidar que esos mismos instrumentos internacionales confían a los Estados el cuidado de *todos* los derechos y *todas* las libertades que en ellos se consagran». En contra de esta posición *cfr.*, por ejemplo, M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*, p. 115, para quien el delito de negacionismo en España sería específicamente una norma de ejecución de un tratado internacional. Las descripciones de todas estas normas se han visto *supra* Cap. 3, epígrafe 1.

¹⁴¹² Así las cosas, a nivel internacional la única obligación de incriminar específicamente este género de conductas se encontraría en el Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, adoptado el 28 de enero de 2003. La Decisión europea no la considero como un instrumento de Derecho internacional en sentido estricto. En cualquier caso, ambos instrumentos son posteriores al comienzo de esta tendencia político-criminal.

particularmente de aquellos países que más duramente sufrieron el nazismo¹⁴¹³, de responder contundentemente a la expansión del fenómeno del «negacionismo del Holocausto»¹⁴¹⁴, como abrevadero del que beben los movimientos neonazis y xenófobos que desde los años ochenta y noventa comenzaron a volver a extenderse por Europa¹⁴¹⁵; vinculándose así a la más general línea político-criminal de lucha contra el racismo y la xenofobia¹⁴¹⁶. De ahí que, bajo la específica sanción del discurso negacionista, emerja también la sensibilidad que existe en la tutela de la memoria del Holocausto, a la cual se le quiere dar el mayor refuerzo y que, más allá de resoluciones institucionales¹⁴¹⁷ o días de la memoria¹⁴¹⁸, quiere «blindarse» por medio del instrumento más contundente que tiene la sociedad, el Derecho penal¹⁴¹⁹.

¹⁴¹³ No en vano, como ha sido estudiado, fue Alemania la que en los años ochenta comenzó ya a perseguir este tipo de discurso y en los noventa estuvo entre los primeros países en incluir el específico delito de la «mentira de Auschwitz», junto a Austria, en 1994 y 1992 respectivamente; pero también Francia en 1990 aprobó su Ley Gayssot. *Vid. supra* Cap. 4, epígrafe 1.1.

¹⁴¹⁴ En este sentido P. LOBBA presenta «L'Olocausto come *topos* fondativo» («La lotta al razzismo nel diritto penale...»), *op. cit.*, p. 137) y concluye que «la Shoah non è un genocidio come gli altri e gode indubbiamente di un rilievo privilegiato rispetto tragedia di análogo carattere e masivo, venendo a rappresentare, mutuando parole riferite ad altri fenomeni, un “fattore di unità morale”» (*ibidem*, p. 140). *Cfr.* también A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte...», *op. cit.*, p. 6.

¹⁴¹⁵ Como expresa LANDA GOROSTIZA, «[e]sta corriente ideológica de agitación, muy ligada al neonazismo y a los círculos de extrema derecha, y de creciente presencia internacional, es precisamente la que ha impulsado la incriminación de lo que en el ámbito germánico ha venido a denominarse como la “mentira de Auschwitz” (*Auschwitzlüge*)» («La llamada mentira de Auschwitz...»), *op. cit.*, p. 693).

¹⁴¹⁶ Así, afirma el primer considerando de la Decisión marco 2008/913/JAI: «El racismo y la xenofobia son violaciones directas de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho, principios en los que se fundamenta la Unión Europea y que son comunes a los Estados miembros».

¹⁴¹⁷ A este respecto, llamando a la condena por parte de los Estados de cualquier forma de expresión de negacionismo del Holocausto, *cfr.* las resoluciones de la Asamblea General de la ONU A/RES/60/7, de 1 de noviembre de 2005 y la resolución A/RES/61/255, de 26 de enero de 2007, o las resoluciones del Parlamento Europeo de 7 de julio de 2000, sobre la conmemoración del Holocausto y la Resolución del Parlamento Europeo de 27 de enero de 2005, sobre la memoria del Holocausto y sobre el antisemitismo y el racismo. *Vid. supra* Cap. 2, epígrafe 3.

¹⁴¹⁸ *Vid. supra* Cap. 2, epígrafe 3.

¹⁴¹⁹ En palabras de FRONZA, «il diritto tende sempre più a proporsi come strumento privilegiato di tutela della memoria; la memoria diviene assieme “bene” da difendere e luogo in cui è possibile commettere crimini» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 1). *Vid. infra* Cap. 8, epígrafe 2.

2.1.2. Discurso negacionista y ofensa al bien jurídico-penal. Consideraciones previas sobre la identificación de un bien jurídico común al delito de negacionismo desde una perspectiva comparada

Como presupuesto previo a la decisión de intervenir a través del *ius puniendi*, y más allá de la «finalidad» perseguida por el legislador con la norma, debe hacerse un juicio más preciso que permita poner de manifiesto que la conducta que se pretende reprochar penalmente supone una grave ofensa a un bien jurídico de rango constitucional¹⁴²⁰. *Nullum crimen sine iniuria*¹⁴²¹.

¹⁴²⁰ Esta distinción que en ordenamientos como el español o el italiano es clara, sin embargo puede resultar extraña en el orden europeo. Así, como expone MUÑOZ DE MORALES, «[a] nivel europeo, sin embargo, la noción de bien jurídico hasta ahora no aparece recogida como tal en el lenguaje empleado por el legislador europeo, prefiriéndose, por el contrario, el término “interés”. Esta omisión al concepto no sorprende, pues la teoría del bien jurídico no existe en la mayoría de EEMM, sino tan sólo en aquellos de tradición germana y en algunos otros países como España, Italia o Grecia que la han importado» (M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador penal europeo...*, op. cit., p. 318). Tanto que autores como SORTIS han llegado a mantener que los bienes jurídicos comunitarios no llegan a desempeñar una función limitativa del Derecho penal (*Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milán, 2007, p. 69). Pero es que, además, «[n]el caso del negacionismo, campo ideologicamente pregnante e dove la risposta empotiva ed irrazionale rischia di prevalere, sembra difficile scorgere un determinato bene/interesse/valore giuridico, autonomo dagli scopi generali della tutela penale» (E. FRONZA, *Il negacionismo come reato*, op. cit., p. 137).

¹⁴²¹ Sobre el principio de ofensividad y el bien jurídico constitucional y su virtualidad garantista, de forma meramente indicativa, refiero alguna bibliografía que ha servido para el presente estudio: V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2005; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, op. cit., pp. 179 y ss.; F. MANTOVANI, «Il principio di offensività nella costituzione», en ÍD, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, pp. 184-200; ÍD., «Il principio di offensività tra dogmatica e política criminale», en ÍD, *Umanità e razionalità...*, op. cit., pp. 402-411; ÍD., «Principi fondamentali del Diritto penale della libertà», en ÍD, *Umanità e razionalità...*, op. cit., pp. 390-401; V. MANES, «Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, pp. 739-765; T. PADOVANI, «Bene giuridico e delitti politici», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1, 1982, pp. 3-41; N. MAZZACUVA, «Modello costituzionale di reato. Le “definizioni” del reato e la struttura dell’illecito penale», G. Insolera et alii (ed.), *Introduzione al sistema penale*. Vol. I, 3ª ed., G. Giappichelli, Turín, 2006, pp. 83-109; A. VALENTI, «Principi di materialità e offensività», en G. INSOLERA et alii (ed.), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, 3ª ed., G. Giappichelli, Turín, 2006, pp. 274-312; A. CAVALIERE, «Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata», en G. GIOSTRA y G. INSOLERA (ed.), *Costituzione, diritto e processo penale. Atti del Convegno: Macerata, 28 y 29 enero 1997*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 133-174; F. PALAZZO, «Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali», en G. Giostra y G. Insolera (ed.), *Costituzione...*, op. cit., pp. 41-84; E. DOLCINI y G. MARINUCCI, «Costituzione e política dei beni giuridici», en *Scritti in memoria di Renato dell’Andro*, Vol. I, Cacucci ed., Bari, 1994, pp. 271-318; T. PADOVANI y L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 140 y ss.; I. FERRARA, «Riflessioni in tema di offensività in concreto», *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4, 2000, pp. 3065-3098; T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del*

La individualización del bien jurídico de estas figuras se convierte, sin embargo, en una ardua tarea. Lo es en el análisis concreto de los distintos delitos que recoge cada uno de las legislaciones estatales, y lo es, por tanto, todavía más difícil para poder «inducir» un bien jurídico común al delito de negacionismo visto desde una perspectiva comparada a nivel europeo¹⁴²². Ocurre que, en realidad, el discurso negacionista al ser una categoría que resulta tan dispar es difícil trazar *a priori* unos elementos característicos que permitan definir una forma ofensiva frente a un bien jurídico determinado. La cualificación ofensiva que se pueda reconocer dependerá de la concreta forma como se presente este tipo de discurso, de su propio contenido, y de otras circunstancias de contexto. En este sentido, y como se ha ido comprobando a lo largo del trabajo, se podrían distinguir básicamente dos modalidades ofensivas de este tipo de discursos: a) Lesión directa de bienes jurídicos ideales por su carácter insultante, vejatorio o amenazante. Así pudiera presentarse, por ejemplo, en el caso de que se considerara que tales manifestaciones ofenden al «honor» o la «dignidad humana», entendida ésta en un sentido individual o en su dimensión colectiva. b) Puesta en peligro de bienes jurídicos como forma de «provocación». En tal caso la puesta en peligro podrá ser de bienes jurídicos materiales de naturaleza individual (por ejemplo, si se considera que el «resultado lesivo temido» fuera la comisión de actos de violencia contra personas), o también de bienes supraindividuales (así, la alteración del orden público o la paz pública o, en relación con éstos, ha sido referido la protección de una suerte de «clima de tranquilidad» frente a actos de hostilidad u odio). En lo que sí que parece haber consenso doctrinal a nivel general es en cuanto a negar que la «verdad histórica» o la «memoria colectiva» puedan constituir un bien jurídico-penal: «non sembra che la (intangibilità della) “storicità della Shoah” (o persino la “verità come tale”), possa vantare un plausibile

sistema penal..., *op. cit.*, pp. 820 y ss.; y F. MUÑOZ CONDE, «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», 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. 561-574..

¹⁴²² Así, E. FRONZA se refiere a las «numerosa difficoltà sia in riferimento alla problematica individuazione del bene giuridico protetto sia alla tecnica di tutela ad esso adeguata, che deve essere opportuna da un punto di vista politico-criminale e legittima costituzionalmente» («Profili penalistici...», *op. cit.*, p. 1038). *Cfr.* también, de esta autora, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 132 ss.; y «Il reato di negazionismo e la protezione penale...», *op. cit.*, pp. 49 ss. Desde una perspectiva europea, por su parte, con una clasificación de los bienes jurídicos a escala comunitaria y los problemas derivados de los mismos, *cfr.* especialmente C. SORTIS, *Il diritto senza codice...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; R. SICURELLA, «Il Corpus Juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari», en G. GRASSO y R. Sicurella (ed.), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 68 y ss.; o M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador penal europeo...*, *op. cit.*, pp. 319 y ss.

inquadramento tra i valori *fondamentali* dell'ordinamento costituzionale capace di giustificare il massimo contrappeso punitivo, offrendosi come plausibile bene giuridico-*penale*»¹⁴²³. Por lo que, aunque se haya reconocido que la incorporación de este delito se entrelaza con la tendencia a dar protección a la memoria histórica, ésta no puede convertirse en el bien jurídico-penal fundante del tipo penal¹⁴²⁴. Todo lo cual sin perjuicio de que, como se verá a continuación, la «veracidad» de los hechos pueda afirmarse como un límite interno a las libertades de expresión y de información según algunos modelos constitucionales.

De manera que, por el momento, simplemente destacar, a la vista de las concretas configuraciones típicas analizadas a lo largo del trabajo, que a la hora de definir estos delitos, de entre los diversos bienes jurídicos que pueden verse comprometidos, se habría impuesto una concepción «supraindividual» del bien, por encima de la posibilidad de haber dado una configuración en atención a la protección de un bien jurídico personalista¹⁴²⁵. Prima así la visión germana del

¹⁴²³ V. MANES, «Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, apartado 5.4.1. En similar sentido, expresa FRONZA, «Il bene tutelato da queste ipotesi delittuose non può essere individuato nella tutela della verità storica: nessuno, infatti, ha il dovere di verità storica, e tanto meno può essere punito per avere violato questo dovere, anche perché altrimenti si sancirebbe il ruolo del giudice come arbitro della storia» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 133) o «la verità storica non può mai costituire bene giuridico» («Il reato di negazionismo e la protezione penale...», *op. cit.*, p. 51). Véanse también de esta autora «Profili penalistici...», *op. cit.*, p. 1065 y «The punishment of negationism...», *op. cit.*, *passim*. M. ROMANO afirma en esta misma línea: «La negazione di una verità, insomma, sia pure la verità di fatti storicamente certi, può essere di volta in volta manifestazione di rozza ignoranza, di scandaloso calcolo politico o di mera bizzarria: se in mala fede, è certo moralmente riprovevole, ma non un reato» («Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2-3, 2007, apartado 5).

¹⁴²⁴ Aunque no vengan referidas a la sanción penal –pero a más razón si lo que se usa es la prohibición penal–, comparto con MERLI que «proibire un'idea o un'opinione, per quanto scandalose e dissacranti, come eresie intellettuali, con l'argomento che sarebbero “nocive” o “distruttive”, e imporre con la forza alle persone una verità storica di Stato, chiedendo loro obbedienza per questa o quella “verità”, è tipico di una posizione integralista di chi non riconosce una sfera pubblica laica e non tollera il pluralismo, il dissenso e lo spirito critico come valori all'interno della società» (*Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 32). También son contundentes las palabras de LIENA, «L'unico modo per evitare la “tirannide della verità” sarebbe perciò quello di affidare il compito della ricostruzione storica del passato al popolo stesso» («Spetta allo Stato...», *op. cit.*, s. p.); o de BRAGA, «[i]n un ordinamento liberale non dovrebbe mai ritenersi auspicabile, in linea di principio, la fissazione *ex lege* di una determinata verità storica» («La libertà di manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, p. 113).

¹⁴²⁵ En jurisprudencia y doctrina prima la individualización para esta figura delictiva de bienes jurídicos como la «paz pública» o la «dignidad humana», en sentido supraindividual e incluso, como se ha visto a lo largo de los capítulos anteriores. En este sentido resulta paradigmática la legislación alemana que exige para el castigo de las conductas negacionistas la idoneidad para alterar la «paz pública», por lo que la mayoría de la doctrina reconoce en ésta el bien jurídico, aunque un sector doctrinal sigue manteniendo que, como ocurre con los delitos de «incitación a la población»,

delito¹⁴²⁶. Pues bien, el primer propósito será entonces el de revisar críticamente, desde una perspectiva constitucional, los potenciales conflictos entre los bienes en

también la «dignidad humana» ha de admitirse como bien jurídico a la base del delito de negacionismo. En España doctrina y jurisprudencia se ha visto cómo debaten entre el intento de dar lectura al delito en torno a la «dignidad humana», pero reconociendo su dimensión colectiva o supraindividual, y aquellos que abiertamente afirman que la configuración del precepto llevaría a situar el difuso bien jurídico en una suerte de orden público o paz pública o en un más genérico «clima de hostilidad». Italia, aunque no cuenta con un delito específico de negacionismo, la más reciente jurisprudencia y la doctrina parecen tratar de ubicar el bien jurídico de los delitos derivados de la legislación anti-racista en la tutela de la dignidad humana, si bien en tal sentido supraindividual. También resulta muy llamativo el caso francés, en el que la jurisprudencia habría ubicado el bien jurídico del delito de negacionismo en la dignidad humana, aunque se discute si con este delito se estaría elevando a rango de bien jurídico la «verdad histórica», o incluso la «autoridad judicial» -al castigarse sólo la negación de delitos fijados judicialmente-. La jurisprudencia del TEDH y de la Comisión tampoco ofrece una pauta clara en relación al bien jurídico que define este tipo de delitos, ya que cuando se ha tenido que enfrentar a casos de sanciones a discursos negacionistas ha justificado éstas sobre la base de fines tan dispares como la «seguridad nacional y la integridad del territorio» y la «prevención del delito y del desorden» o la «protección de la reputación y los derechos de otros» (cfr. Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia o STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza). Valga señalar también algunos ejemplos de la doctrina que más se ha acercado a estos delitos. Así, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., pp. 132 y ss., deja abierta la posibilidad de reconocer el bien jurídico en la dignidad humana o en el orden público, aunque reconociendo las dificultades que ambas opciones presentan. Muy crítico con ambas posibilidades, M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», op. cit., passim. J. LUTHER, «El antinegacionismo...», op. cit., p. 288, entiende que la justificación más adecuada a este delito pudiera ser bajo las exigencias del respeto a un «orden público común europeo, especialmente en el momento actual de ampliación y profundización de la paz en la Unión Europea y de mayor toma de conciencia de la responsabilidad de Europa por su pasado común de colonización». Sin embargo, no queda muy claro si aquí el autor estaría pretendiendo justificar la ratio de la norma o si lo que en realidad quiere es determinar el mejor objeto jurídico ante una posible configuración de la misma. J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», op. cit., p. 240, refería el orden constitucional y la dignidad de las víctimas. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, op. cit., passim parece que situaría el objeto jurídico a caballo de la tutela de la verdad histórica y la dignidad humana («la dignità e la verità storica debbano prevalere su chi vuole affermare e diffondere il falso» -p. 104-), pero sobre todo es: «la dignità umana, intesa come premessa antropologico-culturale dello stato costituzionale, e la democrazia liberale, concepita come la sua conseguenza organizzativa, non possono non costituire, esse stesse, "limiti di tolleranza"» (p. 105). Es también interesante la referencia que recoge F. LISENA, «Spetta allo Stato...», op. cit., passim, que comenta una sentencia de instancia en la que por primera vez un juez italiano ante manifestaciones de tesis negacionistas, si bien en vía civil, se plantea una posible lesión del derecho a la identidad personal.

¹⁴²⁶ Así lo reconocía la propia Comisión Europea en su propuesta de Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia para justificar que se las conductas negacionistas fueran castigadas en tanto que idóneas para «perturbar el orden público», frente a la Acción común de 1996 que centraba la tutela hacia el honor o la dignidad de las propias personas ya que sólo castigaba las conductas negacionistas despectivas o degradantes. Algo que suscitó una importante polémica en el propio Parlamento Europeo que abogó en la tramitación legislativa porque se excluyera la noción de perturbación del orden público, prefiriendo su cualificación como comportamientos amenazantes, injuriosos o insultantes (Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Recomendación*

cuya tutela se puede fundar este delito de negacionismo y las libertades fundamentales cuyo ejercicio pueda estar en juego, para tratar de hallar cuál puede ser el bien jurídico constitucionalmente más adecuado en una propuesta de reconstrucción de *lege ferenda*.

2.2. Libertades constitucionales en «potencial» ejercicio en el discurso negacionista: colisiones en el ejercicio de las libertades de expresión, ideológica y científica. Propuesta de un bien jurídico-penal compatible con estas libertades

Con el delito de negacionismo se incrimina un género de «discurso», es decir, una forma expresiva que potencialmente puede entrar dentro del ámbito protegido por las libertades de expresión y de información, en relación además con la libertad ideológica y la libertad científica. El legislador europeo era consciente de ello y ya en los propios considerandos de la Decisión marco advertía que la misma era respetuosa con los derechos fundamentales y en particular con el reconocimiento de estas libertades reflejadas en los art. 10 y 11 del CEDH y en los capítulos II y VI de la CEDFUE¹⁴²⁷. Lo cual pone de relieve: por un lado, que, como se ha dicho, la incriminación de este tipo de conductas entra en colisión con el ejercicio de la libertad de expresión *lato sensu*; pero, por otro, hay que tener en consideración que, aunque en Europa compartimos una cultura común de los derechos fundamentales, coexisten diferentes sensibilidades y estándares de tutela en el reconocimiento de los mismos y en la resolución de los conflictos que se puedan plantear. De manera que, por más que el CEDH configure un mínimo común denominador, y por más que la CDFUE nos ofrezca un parámetro de contraste con respecto a la normativa europea, sin embargo las constituciones de los Estados europeos pueden a su vez tener también su propia percepción sobre la forma de afrontar un conflicto como el que se plantea con los «discursos negacionistas» -ello aunque quede claro la desaprobación que cualquier sociedad democrática debe hacer del mismo-. Una enérgica condena (político-institucional) sobre la que no caben dudas en cualquier Estado democrático.

Así las cosas, con las cautelas necesarias ante las distintas las sensibilidades constitucionales existentes en Europa, me propongo ahora plantear en qué medida estarían en juego estas libertades, y las pautas que permiten trazar la distinción

al Consejo sobre una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo acerca de la evolución de las negociaciones sobre la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, de 21 de junio de 2007 (2007/2067(INI)). *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 2.1.

¹⁴²⁷ Decisión Marco 2008/913/JAI, considerando 15 y 16. También debe considerarse a este respecto el art. 7º que recoge la cláusula de garantía de las libertades fundamentales (*vid. supra* Cap. 3 epígrafe 2.2.4)

entre el discurso constitucionalmente protegido del proscrito, concentrándome en la perspectiva de un ordenamiento abierto y de vocación personalista. Dos serán los niveles de análisis: en primer lugar, si el discurso negacionista puede entrar dentro de aquello que es considerado como el contenido *prima facie* de las libertades fundamentales. Y, en segundo, apuntar cómo se han afrontado los conflictos entre estas libertades y los bienes constitucionales potencialmente lesionados por el discurso negacionista¹⁴²⁸. En el siguiente apartado realizaré unas consideraciones adicionales sobre la libertad científica. No entro aquí a valorar la legitimidad constitucional de la concreta intervención penal, como un plus con respecto a la proscripción constitucional de un discurso. Es decir, puede ser legítimo proscribir constitucionalmente de protección un determinado discurso y que, sin embargo, no fuera constitucionalmente legítima su sanción penal. Esta última cuestión se afrontará en apartados sucesivos al estar principalmente vinculada con la concreta construcción típica, siendo la proscripción constitucional un *prius* con respecto al juicio de legitimidad de la intervención penal¹⁴²⁹.

¹⁴²⁸ Tanto en España como en Italia la mayoría de la doctrina se habría posicionado a favor de una interpretación amplia del contenido inicialmente protegido por los derechos fundamentales, sin perjuicio de las limitaciones que luego se puedan justificar. Asimismo, tomo aquí la referencia de la Corte Suprema canadiense que opera de forma similar, distinguiendo un primer nivel de delimitación *prima facie* de la libertad para luego determinar si las medidas restrictivas estaban justificadas. (cfr. Regina v. Keegstra, [1990] y Regina v. Zundel [1992], comentadas *supra* Cap. 4 epígrafe 3.2). Para más detalle me remito *supra* Cap. 6, epígrafe 1.1.

¹⁴²⁹ Como ha mantenido VIVES ANTÓN, «[e]l principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o, como le denomino en el encabezamiento, de ofensividad, es, pues, el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 821). Así las cosas, como expuse *supra* Cap. 6 epígrafe 1., entiendo por tal ese momento previo a la concreta fijación de un límite (normalmente por el legislador), el cual supone, o presupone, una «cierta» pre-configuración constitucional de las pautas que sirven para definir el «espacio de colisión» entre dos bienes o valores constitucionales. Ello sirve ante todo como «orientación» al legislador (también al Juez), el cual deberá, en un nivel lógico sucesivo, definir en concreto, «concretizar», tal línea dentro del marco constitucional. Ciertamente es que a estos efectos el legislador dispone de una amplia discrecionalidad política, pero esta discrecionalidad deberá orientarla constitucionalmente y buscar los criterios y las pautas que le sirven a la hora de fijar el límite en elementos propios de la axiología constitucional. A la hora de definir un límite a una libertad en una norma el legislador deberá ponderar «constitucionalmente» los bienes en juego, siguiendo criterios «intra-constitucionales». Esta operación podrá en última instancia ser controlada a través del juicio de proporcionalidad sobre la norma limitadora. Por tanto, y ahí una segunda utilidad de este análisis, las pautas o criterios que del mismo se extraigan serán «uno» de los elementos a considerar en el control de proporcionalidad como límite de los límites. Antes bien, a mi entender, más que del juicio de proporcionalidad en su triple dimensión, habrá que incluirlas en un juicio de adecuación o de racionalidad previo al específico enjuiciamiento de proporcionalidad, como expuse *supra* Cap. 6, epígrafe 1.1.

2.2.1. Delimitación prima facie de la libertad en el discurso negacionista

Para afrontar en qué medida un discurso negacionista puede entenderse dentro del ámbito *prima facie* protegido por la libertad de expresión, se atenderá a una delimitación «interna» de la libertad, pero también se recogerán aquí consideraciones referidas a la posibilidad de aplicar a este tipo de discurso las cláusulas de «abuso de derecho»¹⁴³⁰, aunque el objeto es definir la protección en el marco de un ordenamiento abierto y personalista.

A este respecto, ha destacado la gran contundencia con la que se ha pronunciado el TEDH con respecto al negacionismo del Holocausto que, como se ha visto, ha sido privado de plano de protección aplicándole el art. 17 CEDH¹⁴³¹. El «negacionismo del Holocausto» implica, a juicio del Tribunal Europeo, un tipo de discurso incompatible con el Convenio «*ratione materiae*»¹⁴³². Una posición más severa que la que ha mantenido para otros tipos de discursos, como en algunos

¹⁴³⁰ A este respecto, *cfr.* J. GARCÍA ROCA, «Abuso de los Derechos fundamentales...», *op. cit.*, *in toto*, con un análisis desde el orgien *ius privatista* de la doctrinan a su aplicación en el ámbito de los derechos fundamentales particularmente en el ámbito del CEDH. Asimismo, *vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹⁴³¹ En este trabajo se ha cuestionado la rigidez con la que el Tribunal ha aplicado el art. 17 del Convenio a todo el género de discurso «negacionista del Holocausto» en atención a su contenido y sobre la base de un juicio de peligrosidad presunta. Es cierto que el Tribunal realiza consideraciones sobre la peligrosidad genérica de este tipo de discurso, pero, en mi opinión, al final el fundamento último del rigor con la que aplica esta cláusula es porque identifica este género de discursos con una ideología contraria a los valores y principios del Convenio y así los excluye de plano de protección. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹⁴³² Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia. Puede recordarse lo afirmado en esta sentencia por el TEDH: «No puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como es el Holocausto, como el recurrente hace en este libro, 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 antisemitismo y constituyen una seria amenaza contra el orden público. Este tipo de actos son 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». En sentido similar *cfr.* también STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, y sobre la posición del TEDH y de la Comisión ante el discurso negacionista, me remito *supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.

casos de «discurso del odio»¹⁴³³, o incluso ante asuntos relacionados con supuestos de revisionismo relativos a aspectos de la II Guerra Mundial que no toquen directamente los crímenes nazis¹⁴³⁴ o al negacionismo de otros genocidios¹⁴³⁵; supuestos en los que el Tribunal ha sí que ha reconocido el potencial conflicto con a libertad de expresión¹⁴³⁶. Por su parte, también ha sido estudiado cómo el Tribunal Constitucional Federal alemán ha excluido del ámbito interno de la libertad de expresión al discurso negacionista del Holocausto en atención a su falta de veracidad¹⁴³⁷. El Alto Tribunal alemán ha optado distinguir entre las expresiones propiamente negacionistas del Holocausto, las cuales quedarían en todo caso privadas de protección constitucional por constituir la «afirmación de un hecho demostrado falso»; de las afirmaciones «sobre la culpa y responsabilidad por eventos históricos» que, por tratarse de juicios complejos, los cuales no pueden ser reconducidos a la pura afirmación de un hecho, sí que podrían entrar potencialmente dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión¹⁴³⁸.

Sin embargo tales conclusiones no creo que puedan ser asumibles en un modelo constitucional abierto, como el español o el italiano, el cual no permite excluir de plano la manifestación de una opinión en atención a su puro contenido o a la finalidad con la que ésta se ejercite¹⁴³⁹. Precisamente la «ciudad abierta» es

¹⁴³³ Entre otras muchas, véanse por ejemplo, STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto *Jersild c./Dinamarca* y STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso *Féret c./Bélgica*. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹⁴³⁴ Así, STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux y Isorni c./Francia*; STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso *Chauvy y otros c./Francia* STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso *Monnat c./Suiza*. Puede verse también, aunque fuera de los crímenes de la II Guerra Mundial, STEDH (Sección 5ª) de 15 de enero de 2009, caso *Orban y otros c./Francia*.

¹⁴³⁵ STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*.

¹⁴³⁶ *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

¹⁴³⁷ *BVerfGE* 90, 241-255. *Vid. supra* Cap. 4, epígrafe 1.1.1.

¹⁴³⁸ En concreto afirmaba el Tribunal Constitucional alemán: «L'espressione proibita, che gli ebrei non siano mai stati perseguitati nel Terzo Reich, costituisce l'asserzione di un fatto dimostrato falso da innumerevoli narrazioni di testimoni oculari e da documenti, dagli accertamenti giudiziari di numerosi processi penali e dalle cognizioni della scienza storica. Un'affermazione di tale contenuto, in sé considerata, non gode della tutela della libertà di opinione. [...] Le affermazioni su colpe e responsabilità per evento storici costituiscono sempre giudizi complessi, che non si possono ridurre a asserzioni di un fatto, mentre la negazione dello stesso evento avrà regolarmente il carattere di asserzione di un fatto» (*BVerfGE* 90, 241-255, *cfr.* traducción en M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3386).

¹⁴³⁹ En palabras del Tribunal Constitucional español, «nuestro ordenamiento 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» (STC 235/2007, FJ. 4º). O la Sent. Cort. Cost. 108/1974, en la que la Corte Costituzionale manipuló el delito de instigación al odio entre clases sociales (art. 415 Cp. it.) para evitar que terminara castigando «la semplice

aquella se caracteriza porque cualquiera puede tener la libertad de «manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento»¹⁴⁴⁰, aquella en la que «senza discriminazioni tra “verità” o “non verità” ufficiali o di Stato” [...] non tollera limiti logici di ordine ideologico»¹⁴⁴¹; de tal suerte que, al menos prima *facie*, el carácter «odioso» o la «finalidad» del discurso negacionista, contrario a los valores esenciales de nuestras sociedades, no justificaría privar inicialmente de protección constitucional. Cuestión distinta es que se pudiera considerar, como ha hecho el Tribunal Constitucional alemán¹⁴⁴², que el negacionismo de ciertos crímenes es una afirmación de «hecho» susceptible de ser sometida a prueba de su «veracidad» y, consecuentemente, excluirla de protección si ésta es asumida como un límite interno a la libertad. A este respecto, si ya es de por sí discutible en un ordenamiento de tipo abierto que la veracidad pueda ser reconocida como un límite interno a las libertades comunicativas¹⁴⁴³, más problemático aún sería cuando, como ocurre con el discurso negacionista, éste viene referido a «hechos históricos» y no a la verdad objetiva de unos hechos concretos¹⁴⁴⁴. Pero es que,

manifestazione ed incitamento alla persuasione della verità di una dottrina ed ideología politica o filosofica». Respectivamente, *vid. supra* Capítulos 5, epígrafe 1 y 6, epígrafe 1.3.

¹⁴⁴⁰ P. NUVOLONE, «Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 353.

¹⁴⁴¹ F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 363.

¹⁴⁴² *BVerfGE* 90, 241-255.

¹⁴⁴³ Por ejemplo, en España ha sido estudiado cómo la «veracidad» constituye un límite interno a la libertad informativa, por tanto referida exclusivamente a la información sobre «hechos». En Italia, aunque la Constitución no lo recoge expresamente, parte de la doctrina discutía acerca de la posibilidad de considerar a la veracidad como límite interno de la libertad, como se vio al estudiar este ordenamiento en Cap. 5, epígrafe 1.1. Por mi parte comparto con MALENA que «L'ampia tutela della libertà di espressione non ammette l'esistenza di un dovere di verità: è questa la scelta della nostra Costituzione, che con l'articolo 21 protegge anche la “mistificazione” della realtà» («Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?», *Quaderni costituzionali*, a. XXVI, n. 1, 2006, p. 119). En este sentido, *cfr.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 133; J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 286, que al menos exige la prueba del dolo de la falsedad subjetiva, o F. LISENA, «Spetta allo Stato...», *op. cit.*, s.p. Por su parte, D. BIFULCO está entre los autores más proclives a excluir de protección constitucional las expresiones negacionistas por su falsedad: «forse è eccessivo pretendere che uno stato costituzionale si basi su un dovere di verità. Ma, seguendo l'argomentazione del giudice delle leggi tedesco, non si può non pensare che esso muova, almeno, da un rifiuto della menzogna storica» (*Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 102). En el sentido de esta última autora, *cfr.* también P. WACHSMANN, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, *passim*.

¹⁴⁴⁴ Comparto en este punto las objeciones que hacía la Corte Suprema canadiense en su sentencia *Regina v. Zundel*, [1992] S.C.R. 731, que fue estudiada *supra* Cap. 4, epígrafe 3.2: en primer lugar, señalaba el problema de ser capaces de determinar el significado del mensaje, advirtiendo que éste podía cambiar en función de quien lo reciba, y, en segundo lugar, resaltaba que aun siendo posible determinar cada uno de los significados posibles de un cierto mensaje, luego habría que poder determinar si la afirmación era en sí misma verdadera o falsa, algo que ante fenómenos sociales o históricos podía resultar muy difícil. El propio TEDH, aunque excluía el Holocausto en tanto que hecho históricamente establecido, influido por el Tribunal Constitucional español reconocía que «la investigación histórica es por definición controvertida y discutible y que

además, el discurso negacionista resulta un discurso complejo en el que junto a las afirmaciones de hechos se suelen entremezclar opiniones y valoraciones subjetivas. Recordando las palabras del Constitucional español, el «discurso negacionista», incluso el «negacionismo del Holocausto», no debía ser entendido como una manifestación de «hechos» en sentido estricto, sino como «opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos»¹⁴⁴⁵. De tal suerte que hago mía su conclusión y comparto que: «las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia histórica- 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)»¹⁴⁴⁶.

Las consecuencias de la inclusión del discurso negacionista dentro del contenido de la libertad de expresión, en su caso reforzada por la libertad ideológica y científica, son notables¹⁴⁴⁷. En primer lugar, se exige que para poder excluir de protección constitucional el discurso negacionista se verifique que el mismo lesiona efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. De manera que el establecimiento del límite deberá ser el resultado de una operación de ponderación realizada por el legislador y justificada en la capacidad ofensiva del discurso negacionista frente a ciertos bienes constitucionales que pueden fundar

no se pueden llegar a conclusiones definitivas o a verdades objetivas y absolutas» (STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, § 117). A este respecto, *vid.* M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», *op. cit.*, p. 48 y J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *op. cit.*, pp. 51 y 52.

¹⁴⁴⁵ Así, STC 214/1991, FJ. 8º; reproducido también en la STC 235/2007, FJ. 4º.

¹⁴⁴⁶ *Íbidem*. En el resto de países en los que se ha dado un pronunciamiento de las cortes constitucionales parece que las mismas también habrían admitido el potencial conflicto, sin excluir de protección sobre la base de una delimitación interna o de un genérico abuso del derecho. Así, como fue analizado en el Cap. 4, en Hungría, vista la contundente posición de su Gobierno y las sentencias de la Corte Constitucional 30/1992, de 26 de mayo, y en particular la 18/2004, de 25 de mayo, puede afirmarse que este tipo de expresiones estarían *prima facie* protegidos por la libertad; o la Corte de Arbitraje belga en su sentencia de 12 de julio de 1996 reconocía el potencial conflicto con estas libertades. El Comité de Derechos Humanos de la ONU también se ha visto cómo se preocupaba por la injerencia que este tipo de restricciones puede suponer sobre la libertad de expresión (*vid.* HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment N. 34, Art. 19: Freedom of opinion and expression*, International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/34, 12/09/2011 y Communication nº 550/1993: France, caso Faurisson, 16/12/1996 (CCPR/C/58/550/1993)).

¹⁴⁴⁷ Es cierto que, como señala el profesor MANTOVANI, en ocasiones, el resultado final en cuanto a la protección o no de un cierto discurso puede ser igual con independencia de que el límite sea interno o externo (*cfr.* «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 380, y «I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi...», *op. cit.*, p. 46, en particular nota 28); pero ello a mi juicio no lo priva de relevancia y creo que, más allá de la definitiva protección o reproche, sí que puede tener «notables» consecuencias.

un límite a la libertad (porque no todo bien constitucional es susceptible de ser reconocido como límite externo a la libertad). Asimismo, al encontrarse dentro del contenido de un derecho fundamental, las medidas que afecten a éste quedarán sometidas a las garantías propias del «sistema de protección de derechos fundamentales»¹⁴⁴⁸. Pero también, y no menos importante, el discurso negacionista quedará amparado por las reservas de jurisdicción características de las garantías a la libertad de expresión, como son la prohibición del secuestro administrativo de publicaciones o la prohibición de censura previa. Del mismo modo, a la hora de fijar el límite al ejercicio de esta libertad, las exigencias de «claridad» y «taxatividad» son más fuertes, ya que las tales conductas suponen, *prima facie* al menos, el ejercicio de una libertad fundamental. Por último, de entenderse que entran en juego la libertad ideológica o la libertad científica, ello también podrá condicionar los bienes que fundamenten un límite al ejercicio de este género de discurso y el peso específico que se dará en caso de conflicto con otros bienes constitucionales¹⁴⁴⁹. No obstante, sobre esta cuestión se abundará a continuación.

¹⁴⁴⁸ Muy en particular al juicio de «proporcionalidad», pero también «límites de los límites» (reserva de ley, respeto al contenido esencial...) y a las «garantías judiciales» propias en cada sistema de la tutela de los derechos fundamentales (por ejemplo, en el caso español, amparo judicial y amparo ante el Tribunal Constitucional...). *Vid. supra* Cap. 6, epígrafe 1.1.

¹⁴⁴⁹ Así las cosas, resulta importante perfilar las libertades que estarían en juego ante un discurso negacionista, puesto que, como se ha dicho, éstas pueden determinar los límites admisibles al ejercicio y también pueden ofrecer un «peso específico» reforzado en la ponderación. Queda claro que, como mínimo, estaríamos dentro del contenido la libertad de expresión. Ahora bien, en cuanto al «peso específico» propio de la *libertad de expresión* entiendo que, como pauta general, el «discurso negacionista» merecerá la tutela mínima garantizada a cualquier manifestación de la opinión de una persona; y, desde luego, considero que no cabe apreciar en este tipo de discursos un peso reforzado que pudiera derivar de su relevancia para la «opinión pública libre». Más bien, al contrario. Ello no lo priva de protección por sí mismo, pero no permite reconocerle un peso privilegiado frente a otros bienes o valores. El TEDH, sin embargo, al resolver el asunto de la sanción por el negacionismo del genocidio armenio sí que daba la mayor protección a la libertad por tratarse de una materia relacionada con el interés general y político que exigiría las mínimas restricciones (STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*, § 100).

Por lo que hace a la delimitación de la *libertad ideológica* en ordenamientos que, como el español, le reconocen una particular protección, considero que esta libertad ideológica no operaría en aquellos discursos negacionistas que se revisten en modo pseudo-científico. Sí que podría hacerlo, sin embargo, en otros casos en los que con el discurso negacionista lo que se pretenda es justificar o pretender rehabilitar ciertos regímenes políticos. Aquellos filo-nazis que pueden querer justificar el Holocausto o comunistas extremos que avalaran los gulags soviéticos, o españoles o italianos que pretendieran justificar los respectivos regímenes franquista o fascista. En tales casos parece que sí que entraría en juego la libertad ideológica. Ahora bien, ¿con qué fuerza? Visto desde la perspectiva española, si se llevara a sus consideraciones últimas la doctrina de la STC 20/1990, el único límite posible al ejercicio externo de esta libertad sería el «orden público». No obstante, a la luz de la aplicación que ha hecho posteriormente el Constitucional español, en casos de

2.2.2. La protección del discurso negacionista en su potencial conflicto con otros bienes o valores constitucionales. Revisión del bien jurídico en consideración a un ordenamiento abierto y personalista

Una vez que se ha constatado que el discurso negacionista entraría dentro del ámbito *prima facie* protegido por la libertad de expresión en sentido amplio, al menos en aquellos ordenamientos de naturaleza abierta, corresponde ahora ponderar la misma con los bienes constitucionales con los que pueda entrar en conflicto. Se trata de esta manera de poner en relación los bienes jurídicos que fundan este específico delito como legítimos límites a estas libertades para poder proponer un adecuado bien jurídico que justifique, en su caso, la restricción de este tipo de discursos.

A estos efectos, se ha visto que se impone la opción de fundar las restricciones al discurso negacionista en bienes supraindividuales como el *orden público, la paz pública o un genérico clima de tranquilidad pública*¹⁴⁵⁰ o, incluso, se invocaban también otros bienes propios de los delitos contra la Comunidad Internacional, como la «*seguridad existencial*» de los grupos sociales. Pero, ¿hasta qué punto son compatibles tales bienes como límites a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto? Pues bien, a lo largo de este trabajo he justificado que el orden público (y sus análogos) no pueden admitirse como límites a la libertad de expresión si son concebidos en sentido «ideal»¹⁴⁵¹, ni siquiera como «orden

concurrentia con la libertad de expresión, no es que la libertad ideológica quede subsumida plenamente en aquella, sino que lo que vendría es a reforzar su «peso». A este respecto, *cfr.* G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo...», *op. cit.*, especialmente pp. 133 y ss. El ordenamiento italiano no reconoce de manera diferenciada la libertad ideológica, por lo cual no se plantean tales problemas.

En lo referido a la libertad científica, que en la Constitución española se establece como un particular derecho en relación con las libertades de expresión y de información según ha sido estudiado (art. 20.1.b CE); en Italia, sin embargo, viene consagrada al afirmar que «L'arte e la scienza sono libere» (art. 33 C.it.), me remito a lo que se expondrá en el siguiente apartado.

¹⁴⁵⁰ *Vid. supra* epígrafe 2.1.2 en este Cap.

¹⁴⁵¹ Ha sido presentado como, entre otros muchos, critican el orden público como bien fundante de delitos de opinión en sentido ideal, C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 111 y p. 167; ÍD., «I reati di opinione», *op. cit., passim*; ÍD., «Libertà d'espressione política e reati d'opinione», *op. cit., passim*; C. ESPOSITO, «La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 194; y ÍD., *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 48 y ss.; G. ZUCCALÀ, «Personalità dello Stato...», *op. cit.*, pp. 101 y ss.; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, *passim*; ÍD., «Istigazione, libertà di espressione...», *op. cit.*, *passim*; ÍD., «Istigazione a delinquere...», *op. cit., passim*; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 226; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit., passim*; P. BARILE, «La libertà di espressione del pensiero...», *op. cit.*, p. 861; ÍD., *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 221; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit., passim*; G. ISOLERA, «I

público constitucional»¹⁴⁵². Y es que la mera contradicción «ideal» o «formal» al «orden público», como conjunto normativo o como bien inmaterial, no justifica proscribir constitucionalmente la manifestación de una opinión. También se puede plantear el «orden público» desde una dimensión material, que a su vez puede ser vista o desde una perspectiva subjetiva u objetiva. A este respecto, importante doctrina ha considerado que el orden público puede ser admitido como límite a la libertad de expresión si se define en sentido objetivo, como alteraciones de la seguridad pública, es decir, como desórdenes públicos; debiéndose evitar concepciones subjetivas que lo configuran como un mero sentimiento de «tranquilidad pública»¹⁴⁵³. Sin embargo, por mi parte, mantengo que bienes como el orden público no resultan «neutros», sino que tienen una fuerte connotación política ¹⁴⁵⁴, y ni siquiera en su concepción material ofrecen un bien suficientemente definido capaz de delimitar el objeto jurídico de tutela frente a la libertad de expresión¹⁴⁵⁵, por lo que seguiría demostrando un peligroso potencial expansivo anti-liberal¹⁴⁵⁶. Así las cosas, considero que tales valores deben ser rechazados como potenciales límites a la libertad de expresión, y más aún cuando estas restricciones se terminen concretando en un reproche penal. Ello no quiere decir que la provocación a la comisión de delitos, de altercados u otros actos ilícitos no pueda ser castigada, sino que la justificación de tal restricción operaría, a

delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit., passim*; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, p. 155; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit., passim*; J. MIRA BENAVENT, «El caso del diario...», *op. cit., passim*; M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit., passim*; B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272; o J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial...», *op. cit., passim*.

¹⁴⁵² Como se vio en el Cap. 5, epígrafe 2.1, la Corte Costituzionale ha intentado justificar el límite del orden público definiéndolo como «ordine pubblico costituzionale» (así, entre otras, Sent. Cort. Cost. 19/1962). En contra de esta concepción se han visto las posiciones de A. PACE, *Giur. Cost.*, 1971, II, pp. 1774 y ss., o P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴⁵³ Así, cfr. especialmente G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 291 y ss., y ÍD., «Istigazione, libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 12. Vid. también G. ISOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 253; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, p. 412; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 297; o M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 568.

¹⁴⁵⁴ En este sentido *cfr.*, C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 26, o, en la doctrina española, P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 234, quien lo calificaba como un bien difuso y difícil de precisar.

¹⁴⁵⁵ *Vid.* G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l')», *op. cit.*, p. 153; G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 295; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 265; J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 704 y ss. P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 234; M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1141; o B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272.

¹⁴⁵⁶ Como sostiene L. STORTONI, «L'incostituzionalità dei reati di opinione...», *op. cit.*, p. 95, este género de bienes se terminan convirtiendo en una forma de sanción al disenso político.

mi juicio, sobre la base de que tales expresiones constituyen el antecedente idóneo a que se lesionen los concretos bienes jurídicos amparados por las normas que reconocen como ilícito los actos a los que se instiga.

En tal sentido, creo que la «*incitación al delito*» constituye uno de los límites infranqueables por la libertad de expresión, por lo que si un discurso negacionista constituyera una provocación a la comisión de actos delictivos podría ser privado de protección constitucional¹⁴⁵⁷. Ahora bien, como acabo de señalar, más que acudir a un genérico límite referido a la «prohibición de incitar al delito», sostengo que habría que justificarlo en la puesta en peligro del bien jurídico del concreto delito que se trata de prevenir¹⁴⁵⁸. Es decir, el discurso negacionista podría quedar proscrito constitucionalmente por resultar peligroso para los bienes jurídicos protegidos por el delito al que se instigara con este tipo de discurso. Por lo que, partiendo de la base de que lo que se quiere evitar son delitos que salvaguardan bienes jurídicos constitucionales de primer nivel, entonces tales bienes jurídicos no plantearían un problema específico como límites a la libertad¹⁴⁵⁹. Cuestión distinta sería si se tratara de una provocación a «*actos ilícitos*» *no delictivos*. A este respecto entiendo que, de forma similar a lo afirmado con respecto a la «provocación al delito», podrá proscribirse constitucionalmente aquél discurso que provoque a la realización de «hechos ilícitos», pero con una advertencia: *tales «hechos ilícitos» han de haber sido reprochados por el ordenamiento en salvaguarda de bienes jurídicos de rango constitucional*. En buena lógica, si sólo la lesión de un bien de relevancia constitucional puede fundar un límite a la libertad, a mayor razón sólo podrá proscribirse constitucionalmente aquellas provocaciones a

¹⁴⁵⁷ En este sentido, en doctrina destacaban L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, p. 153, que planteaba el límite de la «*esigenza di non consentire istigazioni al reato*»; o G. DE VERO, «*Istigazione a delinquere...*», *op. cit.*, p. 294, que refería como límite el «*pericolo di reati*». Asimismo puede recordarse, por ejemplo, C. FIORE, «*Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione*», *op. cit.*, p. 8, quien considera legítimo configurar tipos autónomos de instigación siempre que se encuentren vinculados a hipótesis de acción constitutivas de delito.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 48 y ss., y ÍD., «*La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*», *op. cit.*, pp. 193 y ss., para quien también quedaría fuera de protección la instigación al delito; o G. DELITALA, «*I limiti giuridici alla...*», *op. cit.*, p. 96, refiere la proscripción de aquellas expresiones que sean capaces de generar un peligro concreto de que se cometan actos de violencia.

¹⁴⁵⁸ Al estudiar el ordenamiento italiano se atendió de forma muy precisa los problemas que podía plantear acudir a un límite como la prevención del delito, el cual podía terminar entendiéndose como un genérico «orden público» (*vid. supra* Cap. 5, epígrafe 2.1).

¹⁴⁵⁹ Siendo un delito lo que se quiere evitar (por ejemplo, la comisión delitos racistas), el bien jurídico sería el propio de éstos, generalmente identificado en la «dignidad humana» y el «derecho a la no discriminación». Si lo que se trata de evitar es la comisión de un «genocidio», el bien jurídico sería entonces la «seguridad existencial» de los distintos grupos sociales que conviven en nuestra sociedad.

cometer «hechos ilícitos» en salvaguarda de tal género de bienes. Así puede ocurrir, por ejemplo, en tutela del «derecho de no discriminación» de toda persona, si se provocara a cometer actos de discriminación que, aunque no resultaran delictivos, sí que pudieran apreciarse como ilícitos. Tanto en la provocación al delito como, aún más, en la provocación frente a otros actos ilícitos, las críticas pueden suscitarse, como se verá en el apartado siguiente, al pretender castigar penalmente este género de conductas que suponen una provocación encubierta y en ocasiones a actos que ni siquiera tienen relevancia penal. Y en cualquiera de estos casos entiendo, además, que habrá de ponerse de manifiesto una efectiva idoneidad para poner en peligro tales bienes jurídico. Es decir, no vale con que un discurso pueda considerarse genéricamente como «provocador», sino que para privarlo de protección constitucional deberá revelar *una peligrosidad real y cierta para dar lugar a la comisión del delito o del hecho ilícito* que se pretenden evitar.

Más problemas me plantea admitir que el límite pueda justificarse porque un discurso pueda *sembrar odio u hostilidad*¹⁴⁶⁰, o pretenda «adoctrinar» en una *ideología contraria a los valores democráticos*¹⁴⁶¹. A este respecto, he mantenido que el corolario del carácter abierto de nuestro ordenamiento lleva a que no se pueda proscribir la mera adhesión ideológica, por lo que «la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o [l]a adhesión a las ajenas» estaría amparada constitucionalmente¹⁴⁶². De lo que entiendo que hacer proselitismo para captar adeptos a las mismas deberá estar también protegido siempre que se encauce con formas democráticas. No veo diferencia entre captar adeptos a una ideología y promover un ideario racista¹⁴⁶³. La línea es muy delgada y lo normal es que se

¹⁴⁶⁰ Como ha sido estudiado en Cap. 3, epígrafe 1.1, el castigo del «discurso del odio» se extiende en muchos casos no ya sólo a la prohibición de discursos que instiguen a la violencia o a la discriminación, sino también al «odio». Así, por ejemplo, se veía cómo el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 proscribía la difusión de ideas basadas en el odio racial o el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 que en su artículo 20 insta al castigo de la apología al odio nacional, racial o religioso. Y, por supuesto, la Recomendación nº R (97) 20 del Consejo de Europa sobre el discurso del odio de 30 de octubre de 1997. Muy en particular recordar que uno de los criterios afirmados por el Tribunal Constitucional español para justificar la exclusión de protección constitucional del delito de negacionismo era precisamente la incitación al odio, la violencia o la discriminación (SSTC 214/1991, FJ. 8º y 235/2007, FJ. 5º) o el TEDH refería el límite de «los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales» y que representan un peligro para la paz social (STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica).

¹⁴⁶¹ Así, por ejemplo, se veía en la Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010, caso Librería Europa II.

¹⁴⁶² STC 235/2007, FJ. 9º.

¹⁴⁶³ Si ser «racista» está tutelado constitucionalmente, también creo que promover que otros sean racistas debiera estarlo; cuestión distinta es provocar a «actuar» en un modo racista

incurran en tales cualificaciones (insultar, provocadora al delito, etc.), pero, en la medida que pudiera ocurrir que se diera tal forma «neutra» de discurso, hay que advertir donde está la frontera (reitero, siempre y cuando estemos en un modelo constitucional abierto). A conclusiones similares llego si el discurso negacionista en realidad lo que pretende es *sembrar odio u hostilidad*: a mi juicio, mientras que ello no se proyectara como una provocación a la comisión de concretos delitos o de hechos ilícitos ofensivos de un bien constitucional *no creo que pudiera ser proscrito constitucionalmente*¹⁴⁶⁴, ya que admitir la restricción frente a genéricas provocaciones a delitos o hechos ilícitos indeterminados termina siendo tanto como justificar el límite en el respeto al orden público o a genéricos climas de tranquilidad pública.

Lógicamente, a conclusión distinta se llega si se pretende proscribir un «discurso negacionista» porque nos encontramos ante un público con una que carecen de «autonomía y madurez», como pueden ser menores o jóvenes¹⁴⁶⁵. Tampoco me refiero ahora a un contexto de crisis que pudiera justificar medidas de excepción¹⁴⁶⁶.

delinquiendo o cometiendo actos ilícitos por tales motivos. ¿Acaso puedo proscribir de protección constitucional una publicación porque trate de «convencer» a la sociedad –con penosos argumentos seguramente– de que hay que establecer diferencias entre las razas? ¿Podría proscribir de protección constitucional una propuesta «política» de reforma constitucional tendente a hacer en España un *apartheid*?

¹⁴⁶⁴ Así, especialmente la Sent. Cort. Cost. 108/1974, sobre el delito de instigación al odio entre clases, en la que, como se vio en Cap. 5, epígrafe 2.1, la Corte Costituzionale entendía que la simple incitación o persuasión acerca de la verdad de una doctrina política o filosófica no justificaba su represión. O, en similar sentido, afirmaba el TEDH que los sentimientos sociales que podían verse dañados por la exhibición de ciertos símbolos no justificaba su exclusión de protección (STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./Hungria) y, desde un punto de vista liberal, también resultan de interés las sentencias de la Corte Suprema norteamericana R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U. S. 377 (1992) y Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 347 (2003). Sin embargo, en desarrollo de las exigencias internacionales ya señaladas, la opción de incriminar conductas provocadoras a actos de odio muy difusos se ha impuesto en muchos casos, lo cual supone un auténtico contrasentido y aboca a configurar delitos que en realidad entran en la categoría anterior de tipos autónomos en salvaguarda de bienes jurídicos supraindividuales por su genérica peligrosidad colectiva. Véase por ejemplo el estudio aquí realizado del art. 510 Cp. español (Cap. 6, epígrafe 3.2), o de los delitos antirracistas de la legislación italiana, como es el delito de instigación al odio entre clases sociales (art. 415 Cp. it.) (Cap. 5, epígrafe 2).

¹⁴⁶⁵ A este respecto puede verse en especial STC 76/1995, caso cómic, analizada supra Cap. 6, epígrafe 2.2.

¹⁴⁶⁶ Cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 702 ss. En cualquier caso, téngase en cuenta que las propias constituciones, por ejemplo la española en su artículo 55, regulan la suspensión de ciertos derechos fundamentales pero sólo ante la declaración de un «estado de excepción o de sitio». Por tanto, hay cuanto menos que ser cauteloso a la hora de invocar «contextos de crisis» para justificar rebajas en la garantía y reconocimiento de estas libertades fundamentales.

Una posibilidad adecuada constitucionalmente sería justificar la restricción a la libertad de expresión ante discursos negacionistas en atención a su carácter ofensivo frente a *bienes de naturaleza personal*, como es el *honor*¹⁴⁶⁷. Además, el bien jurídico honor podría reforzarse, adquiriendo así un mayor peso específico, por el valor dignidad humana¹⁴⁶⁸. De esta manera, el canon que servía para definir la frontera de lo amparado constitucionalmente sería que con tal discurso no se humillara o vejara a las víctimas de los genocidios o se denigrara a los componentes de un grupo social. También habría que admitir la legitimidad del castigo de aquellas expresiones que fueran «amenazantes» y con las que por tanto se pudiera «coaccionar» la libertad de las personas.

Sin embargo, rechazo la tendencia a fundar este género de límites en la protección de la «*dignidad humana*» en sentido supraindividual, en relación con el «principio de igualdad» y con el «derecho de no discriminación»¹⁴⁶⁹. Se trata de un bien jurídico que, como se ha venido señalando, no presenta unos contornos

¹⁴⁶⁷ El TEDH calificaba el discurso negacionista del Holocausto como «una de las más serias formas de difamación racial de los Judíos» (Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia). También ha sido muy contundente a este respecto el Tribunal Constitucional federal alemán al entender que los judíos constituyen un grupo susceptible de ofensa y que la negación de su persecución ha de ser considerada una injuria contra este grupo y una grave lesión de sus derechos de la personalidad (*BVerfGE* 90, 241-255). En sentido similar se posicionaba la Corte de Arbitraje belga (Sentencia de 12 de julio de 1996) al afirmar que el delito de negacionismo del Holocausto nazi resultaba una restricción legítima a la libertad de expresión en tanto en cuanto reconocía como rasgo común a las conductas incriminadas que, aunque fuera indirectamente, resultaban ofensivas para personas y pretendían rehabilitar una ideología hostil. En el caso español ha sido estudiado cómo el Tribunal Constitucional admitía la sanción de este género de discurso al valorar, atendiendo a las circunstancias del caso, el componente vejatorio o degradante que tuvo en las SSTC 214/1991 y 176/1995. En su sentencia 235/2007 reconocía que una de las formas ofensivas de este género de discursos puede ser su carácter «despectivo o degradante respecto a un grupo de personas» (FJ. 9º).

¹⁴⁶⁸ Así, en particular, *vid.* SSTC 214/1991, FJ. 8º y 235/2007, FJ. 5º; o la Cassazione italiana reconocía que la igual dignidad social constituye el fundamento del derecho a la propia reputación (Sent. Cass. Pen. V. 16/01/1986).

¹⁴⁶⁹ *Cfr.* L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, *passim*; L. PICOTTI, «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, pp. 130 y ss.; o G. A. DE FRANCESCO, «Comentario al Dl. 26/4/1993...», *op. cit.*, pp. 178 y ss.; y también P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 232; E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, p. 333; J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 217 y ss.; ÍD., «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 704 y ss., referidos en general a la legislación anti-racista. A nivel jurisprudencial se ha visto, por ejemplo, Sent. Cass., III; 13/12/2007, n. 13234 o la Sent. Cass., sez. III, 28/02/2002, n. 7421, que releían los delitos de la legislación anti-racista italiana partiendo del reconocimiento de la dignidad humana como el bien jurídico protegido por los mismos; o la Sent. Cort. Cost 293/2000, en la que la Corte reconocía la dignidad humana como límite a la libertad de expresión, entendida como el mínimo de respeto a la persona. En España, pueden considerarse las SSTC 176/1995 y 235/2007, ampliamente estudiadas en Cap. 6, epígrafes 2 y 5.

precisos¹⁴⁷⁰, el cual, de admitirse como límite, llevaría a denegar la protección constitucional a expresiones por la mera contradicción «ideal» o «formal» frente a esos «ideales» sociales o jurídicos¹⁴⁷¹. Las sensibilidades sociales, los mínimos éticos comunes no pueden ser tutelados de manera autónoma como bienes «supraindividuales»¹⁴⁷². Además, no tiene sentido recurrir a la tutela de bienes

¹⁴⁷⁰ En palabras de FRONZA: «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» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 135). Como se ha visto, también enfatizaba la imposibilidad del valor «dignidad humana» para dar un contenido concreto como bien jurídico, el cual queda como una genérica referencia a un universo de valores y derechos en los que se basa nuestra democracia constitucional. C. VISCONTI, «Il reato di propaganda razzista...», *op. cit.*, p. 195 y *íd.*, *Aspetti penalistici del discorso pubblico, op. cit.*, p. 143 y ss. O en España, también se ha mostrado crítica con el carácter difuso del bien jurídico «dignidad humana», M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1163.

¹⁴⁷¹ Los cuales, como se criticará en el próximo capítulo, supone tanto como admitir una nueva forma de «orden público ideal» (*vid. infra* Cap. 8, epígrafe 4).

¹⁴⁷² En este sentido expresa VIVES ANTÓN, en relación a este género de límites a la libertad de expresión, que «sólo podrá establecerlos para evitar, efectivamente, desórdenes públicos, no meras alteraciones de la sensibilidad» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 807). O muy contundente se mostraba A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 123, como se vio en el Cap. 5, quien, aunque referido al ordenamiento penal, afirmaba que el Derecho penal moderno no puede tutelar valores ético-sociales o principios políticos u otras concepciones ideales. En sentido similar, se ha visto que notable doctrina ha denunciado la inclusión de valores morales supraindividuales declarando así su sacralidad e intangibilidad ideal, particularmente a través de límites penales en delitos de opinión, así: A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, p. 718, C. FIORE, *I reati di opinione, op. cit.*, p. 114; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 267 y ss.; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 296 y ss.; o A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 342.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional en ordenamientos como el italiano o el español no siempre lo ha tenido tan claro, tal y como se ha tenido oportunidad de estudiar en los Capítulos 5 y 6. Por ejemplo, en sentencias como la 293/2000, en la que la Corte Costituzionale legitimó un límite a la libertad de expresión sobre la base de la perturbación del «comune sentimento della morale», sintetizado en el valor dignidad humana. Ahora bien, incluso desde esta perspectiva la Corte Costituzionale exigía que en concreto el juez deba poder ponderar, según las circunstancias del caso, el «peso» de la libertad de expresión frente a la «dignidad humana». A este respecto pueden verse también las Sentt. Cort Cost. 368/1992, sobre el «buon costume» o Cort. Cost. 14/1973, sobre la tutela del sentimiento religioso. De otro lado estarían sentencias como las Sentt. Cort. Cost. 1966 o 243/2001, en relación con el delito de propaganda contra el sentimiento nacional, en las que la Corte Costituzionale mantuvo que no era legítimo castigar expresiones que afectan a un puro sentimiento. En España se ha estudiado también cómo el Tribunal Constitucional había legitimado delitos en tutela de valores como la «moral pública» (STC 62/1982); aunque reconocía la menor protección que merecen bienes como el «prestigio» de las instituciones frente al honor entendido en forma personalista (SSTC 107/1988 y 51/1989). El TEDH, como se ha tenido la ocasión de estudiar, ha mantenido una jurisprudencia inconcluyente a este respecto, en la que se pueden encontrar sentencias en las que concluía que «un sistema jurídico que aplica restricciones a los derechos humanos para satisfacer los dictados de un sentimiento público –real o imaginario– no

supraindividuales cuando los bienes individuales, especialmente el honor, se pueden proyectar en su dimensión colectiva sin dar lugar a un bien autónomo, ello porque se reconozcan sujetos pasivos colectivos¹⁴⁷³, pero también porque se entienda que una persona puede ver comprometido su honor como consecuencia de expresiones referidas a colectivos a los que pertenece¹⁴⁷⁴. Mi conclusión es, por tanto, que *la «dignidad humana», como bien jurídico supraindividual de naturaleza ideal, no puede fundar un legítimo límite a la libertad de expresión según el espíritu de un ordenamiento abierto y personalista*¹⁴⁷⁵. Aun así, soy consciente de que la tendencia hoy día dominante es precisamente la contraria¹⁴⁷⁶, una crítica sobre la que se volverá en el último capítulo.

Como síntesis de lo hasta ahora dicho, el discurso negacionista deberá ser incluido dentro del contenido *prima facie* de la libertad de expresión en aquellos

puede considerarse que satisfaga las necesidades sociales imperiosas» (STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./Hungría); mientras que otras ha dado tutela al sentimiento religioso de una parte de la población (STEDH de 20 de septiembre de 1994, caso Otto-Preminger-Institut c./Austria).

¹⁴⁷³ En este sentido, *vid.* STC 176/1995, caso comic o la Sent Cass pen. V 16/01/1986, que reconocía la legitimidad pasiva a las comunidades israelíes ante unas declaraciones xenófobas.

¹⁴⁷⁴ Así, por ejemplo, la STC 214/1991. En doctrina se ha visto como P. BOGNETTI, «Prime note sulla tutela costituzionale...», *op. cit.*, p. 75, refería particularmente la posibilidad de que se ofendiera el honor por el simple hecho de atacar la pertenencia de una persona a un grupo lingüístico, racial, etc. Ahora bien, en este punto es conveniente tener en cuenta la advertencia de MANETTI 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» («L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 107).

¹⁴⁷⁵ En este sentido se ha posicionado de manera muy precisa FEIJOO SÁNCHEZ: «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)» («Rescisión a *Die...*», *op. cit.*, p. 1200). Entre otros, comparten esta posición crítica sobre la afirmación de la dignidad humana como límite supraindividual a la libertad de expresión, A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 528 y ss.; A. AMBROSI, «Costituzione italiana e manifestazione di idee...», *op. cit.*, p.p. 49 y ss.; C. CARUSO, «Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”. Una rilettura dell’art. 21 Cost.», *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2013, *passim*; G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo...», *op. cit.*, p. 143), M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1163. *Vid. infra* Cap. 8, epígrafe 4.

¹⁴⁷⁶ Sirva como ejemplo V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 883, quien entiende que el respeto a la dignidad humana constituye un núcleo inderogable de forma que «solo un imperativo di questa natura può giustificare che si limiti la libertà di espressione»; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, *passim*, quien propone fundar una nueva constitución conservadora sobre la base de este concepto de dignidad inter-subjetiva (en particular, *cfr* pp. 277 y ss). Véanse también las referencias realizadas nota n. 1469 en este Cap.

ordenamientos de tipo abierto, por lo que sólo se puede proscribir constitucionalmente sobre la base de una ponderación constitucional de la ofensividad frente a otros bienes o valores de rango constitucionales. Sin embargo, no cualquier bien constitucional puede fundar un límite al ejercicio de la libertad de expresión, ni todos tienen el mismo peso específico. Así, el discurso negacionista, aunque se admita que «no siempre» resulta (suficientemente) ofensivo de bienes constitucionales, lo cierto es que normalmente su carácter odioso traspasará el reproche meramente social para entrar en el plano de la ofensividad en sentido jurídico. En este sentido, si el discurso negacionista resulta «*insultante*» estará proscrito constitucionalmente por vulnerar el honor de las personas o colectivos a quienes afecte. Pero, aunque no resulte formalmente insultante, si el «discurso negacionista» tiene *sentido vejatorio o humillante* quedará también proscrito constitucionalmente. No sólo el honor, sino la «dignidad humana», en un sentido personalista, y reforzada a través del principio de igualdad, adquieren un particular peso frente a este tipo de discursos. También podrán castigarse aquellas expresiones «amenazantes». Tampoco serán admisibles los discursos negacionistas si los mismos, aunque sea en modo indirecto, *provocan a la comisión de delitos o de hechos ilícitos*, surgiendo con ello un peligro (real y efectivo) para bienes jurídicos de rango constitucional. De esta suerte, cabe considerar particularmente la posibilidad de que se provoque a actos que puedan dar lugar a ilícitos por vulnerarse el derecho de no discriminación de toda persona. Sin embargo, no creo que sea legítimo contraponer como límite a la libertad de expresión bienes «supraindividuales», y menos aún cuando éstos tengan naturaleza «ideal» o con base meramente subjetiva. Ni la «dignidad humana» en sentido supraindividual, ni otros bienes como la «tranquilidad pública» o la tutela de una suerte de «clima de hostilidad» o del «sentimiento de seguridad» de ciertos grupos sociales, justifican imponer un límite a la libertad de expresión. Es admitido por un importante sector doctrinal fijar como límite el «orden público» en sentido material y objetivo, aunque propongo evitarlo (sobre todo en el ámbito penal es generalmente rechazado). Todas estas consideraciones de índole constitucional deberán ser consideradas en la *ponderación que debe acometer el legislador como previo lógico a «concretizar» un límite al ejercicio de la libertad de expresión*, reforzada o no, ante un discurso negacionista¹⁴⁷⁷. En caso de que el límite no fuera trazado con precisión, *pueden también servir a los jueces y tribunales para apreciar en su caso el carácter antijurídico del discurso según sus circunstancias en concreto*. Aunque no sea deseable, lo cierto es que la complejidad del discurso negacionista fuerza a que, por más que el legislador trate de ser preciso en abstracto al

¹⁴⁷⁷ Vid. Cap. 6. 1.1.

cualificar la conducta ofensiva que proscriba, ésta puede terminar invadiendo un espacio que en concreto pueda destaparse como meritorio de protección.

2.3. Negacionismo, de la concepción como «hechos históricos claramente establecidos» a la supervisión judicial del «método académico»: ¿criterios válidos de distinción entre lo lícito y lo ilícito?

Para cerrar el intento de delimitación de las potenciales libertades en conflicto con el discurso negacionista, uno de los «cortocircuitos»¹⁴⁷⁸ a los que da lugar esta legislación, con el peligro de que los jueces terminen convertidos en árbitros de la Historia, viene producido porque, en algunos casos, los tribunales se ven abocados a tener que determinar si el «discurso negacionista» cuestionado constituye una «auténtica» contribución «científica» o si, por el contrario, no es más que una burda falsificación de la Historia¹⁴⁷⁹. *¿Por qué se produce este «cortocircuito»? ¿Qué importancia tiene?* Pues bien, como se ha visto, el discurso negacionista suele ir referido a unos hechos históricos y, en muchos casos, los negacionistas tratan de presentarse como «historiadores» y revisten sus discursos con formas pseudo-científicas; de manera que se puede plantear la duda de si estos discursos, además de constituir un potencial ejercicio de la libertad de expresión, lo fuera también de la libertad científica¹⁴⁸⁰. La cuestión está entonces en ser

¹⁴⁷⁸ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 145.

¹⁴⁷⁹ En este sentido, cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., pp. 145 y ss., quien plantea la problemática de la dilucidación de la verdad histórica en un proceso penal, con la confusión que ello lleva entre el «método» científico y el «método jurídico». A este respecto véase también P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», op. cit., pp. 151 y ss., que igualmente señala la incerteza del efectivo contenido de los eventos históricos a los que la memoria trata de dar tutela. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, op. cit., pp. 89 y ss., justifica que el juez penal se ocupe de cuestiones de método historiográfico en la medida que bajo las mismas se esconden ideologías que se valen de un método científico para transmitir contenidos de tipo racista.

¹⁴⁸⁰ Si en el apartado anterior se ha visto la relevancia de que la sanción del discurso negacionista pueda entrar en conflicto con la libertad de expresión, se trata ahora de profundizar en la hipótesis de que, más allá, pueda verse comprometida también la libertad de investigación científica. Y es que, en caso de concurrir esta última, es decir, de poder concluirse que el discurso cuestionado entraría dentro de aquello que puede ser considerado como ejercicio de la libertad científica, la interpretación de los posibles límites puede darse en forma todavía más restrictiva, o incluso puede afirmarse su «preferencia» frente a otros bienes o valores constitucionales. Sobre la importancia de la libertad científica o histórica vid., entre otras, STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia, § 69; STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso Monnat c./Suiza, § 64 o STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, §§ 100 y ss. Más contundente es la sentencia del Tribunal Constitucional español 43/2004 en la que reconoce que «el debate histórico disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información» (FJ. 5º).

capaces de trazar la frontera de aquello que constituye legítimo ejercicio de esta particular libertad, de otras expresiones que, aunque genéricamente incluidas en la libertad de expresión, no gozan de tal «valor añadido». Y, para ello, parece que no hay otra posibilidad que supervisar judicialmente si se trata de una investigación que haya respetado la «metodología científica»¹⁴⁸¹, sin que quepan conclusiones apriorísticas por el contenido del discurso.

Desde esta perspectiva, según E. FRONZA, se corre el riesgo de pasar así de la paradoja del contenido a la paradoja del método¹⁴⁸². Por mi parte no veo que ésta sea una cuestión especialmente problemática. *No es que los jueces tengan que*

¹⁴⁸¹ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español afirmaba que esta libertad será reconocida cuando una investigación «efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica» (STC 43/2004, FJ. 5º). En la STC 235/2007 aplicaba esta jurisprudencia al discurso negacionista y consideraba que quedaría amparado por la libertad científica siempre y cuando se tratara de «mera difusión de contenidos en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad» (FJ. 8º). A este respecto, parece que el criterio para distinguir si un discurso queda o no amparado, más que atender a si se emiten juicios o no de valor, como dice en esta última sentencia, ha de ser el respeto a la metodología científica, la cual, como en había afirmado en la primera sentencia el Constitucional español no exige tampoco una neutralidad absoluta (*vid.* Cap. 6, epígrafe 1.4).

También los tribunales franceses habrían explorado la vía de evaluar el método científico de las investigaciones cuestionadas para determinar si las mismas debían quedar o no protegidas. Por ejemplo, las sentencias del *Tribunal de Grande Instance*, de 2 de abril de 1998, y de la Corte de Apelación de París, de 10 de febrero de 1999, al caso Chauvy y otros c. Francia; cuyo proceso culminó en la STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia. El propio TEDH, al valorar la adecuación de la resolución de los órganos nacionales, tuvo en cuenta que éstos habían encontrado pruebas y razones para concluir que «el autor había fallado en el respeto de reglas fundamentales del método histórico en el libro y había hecho insinuaciones particularmente graves» [*the autor had failed to respect the fundamental rules of historical method in the book and had made particularly grave insinuations*] – §77-. Más reciente, en E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 149, se refiere la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de Lion de 3 de enero de 2006 al caso Theil. La Corte de Arbitraje belga en su sentencia de 12 de julio de 1996, como se ha visto, remitía a que los jueces pudieran comprobar en el caso en concreto que las expresiones castigadas no tuvieran carácter científico. A este respecto véanse respectivamente los epígrafes 1.1.2 y 1.2.1 en Cap. 4.

¹⁴⁸² La autora se pregunta: «Ma in che termini si svolge il giudizio sul método? Cosa significa proteggere penalmente un metodo scientifico e, in questo caso, il metodo storico?», y añade, «[u]n giudice è nella condizione di giudicare il metodo di ricerca storica, essendo egli un giudice e non uno storico?» (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 150). «Cercando di sfuggire quel “paradosso del contenuto”, che consiste nel rendere verità sottratta al giudizio della storia un evento, non si rischia qui di cadere in un’aporia speculare, un “paradosso del método” che giudica della validità dall’esterno canoni corretti e “definitivi”?» (*ibidem*, p. 151). Y concluye: La risposta ci lasica più di un dubio sulla percorribilità di questa via» (*ibidem*). De esta misma autora, *vid.* «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, pp. 42 y ss. y «The punishment of negationism...», *op. cit.*, pp. 620 y ss., donde insiste en la idea de no convertir al juez en un historiador y de diferenciar el método de los historiadores del método judicial.

decidir sobre la Historia¹⁴⁸³, ni entrometerse en cuál deba ser la metodología que debe seguir una ciencia; lo que sí que deben, por necesidades estrictamente jurídicas, es poder determinar el ámbito delimitado por una libertad que goza de una particular protección y, para ello, deberán verificar básicamente si se ha respetado el método científico¹⁴⁸⁴. A estos efectos hay un instrumento que resulta determinante: pruebas periciales que acrediten si el trabajo discutido reunía o no las características propias de una investigación científica. Aclarado esto por expertos científicos y valorado su informe por los jueces como corresponda según las leyes procesales, decidirán éstos la prevalencia o preferencia que le corresponde a la libertad científica frente a los bienes que hayan justificado la aplicación de la norma restrictiva. De hecho, algunos tipos penales que incriminan específicamente el negacionismo incluyen una cláusula genérica que dispone la atipicidad de aquellas conductas que se consideren ejercicio de la libertad científica¹⁴⁸⁵.

Por otro lado, en cuanto al «negacionismo del Holocausto», se ha visto que los tribunales alemanes y austriacos se han negado a admitir pruebas sobre la veracidad de esos hechos y el TEDH ha validado tales prácticas reconociendo que no vulneran el derecho de prueba y el derecho a un debido proceso¹⁴⁸⁶. El

¹⁴⁸³ En este sentido ha afirmado el TEDH que «no le corresponde al Tribunal arbitrar el debate sobre materias históricas» [*it is not the Court's role to arbitrate the underlying historical issues*] (cfr., *mutatis mutandi*, STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia, § 69; STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso Monnat c./Suiza, § 57; STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia, § 47 y STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, § 102). Esta jurisprudencia es recogida por el Tribunal Constitucional español en su sentencia sobre el delito de negacionismo 235/2007, FJ. 4º. Muy contundente se mostraba a este respecto también en la STC 43/2004, FJ. 8º: «El ejercicio de nuestra jurisdicción [...] no sirve para enjuiciar la historia, y menos aún para cambiarla o silenciar sus hechos».

¹⁴⁸⁴ En sentido similar, cfr. G. GARIBIAN, «Derecho, Historia, memoria...», *op. cit.*, pp. 8 y ss., quien entiende que «la supuesta amenaza que hace la ley Gayssot al principio de investigación científica – por el hecho de que los jueces se inmiscuyen en el debate de los historiadores-, se trata nuevamente de un profundo malentendido» (*ibidem*, p. 8), y añade que «[l]o que le importa al juez, no es la cuestión de saber si lo que el historiador dice es cierto, sino de saber si su trabajo y sus alegatos traslucen una intención de perjudicar, o si responden al deber de objetividad y a las reglas de buena fe» (*ibidem*, p. 8).

¹⁴⁸⁵ Así, la legislación alemana prevé específicamente una cláusula para que no se sancionen conductas dirigidas a instrucción ciudadana o en el mundo del arte, de la ciencia, de la investigación, etc. También Polonia incluye una cláusula de adecuación social para casos de investigaciones con propósitos científicos. Y la propia Israel contempla que no se sancionen los informes o trabajos correctos o imparciales (*vid. supra* Cap. 4, epígrafes 1.1.1, 1.6.1 y 2.2).

¹⁴⁸⁶ A este respecto *vid.* decisiones del Tribunal a los asuntos Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania (1999) y de la Comisión a los asuntos X c. República Federal Alemana (1982), Walter Ochensberger c./ Austria (1994), Otto E.F.A. Remer c./ Alemania (1995), Gerd Honsik c. Austria (1995), Irving c./Alemania (1996).

Holocausto nazi se tiene por un «hecho histórico claramente establecido»¹⁴⁸⁷. Pues bien, en mi opinión puede llegar a admitirse que procesalmente el Holocausto nazi sea tomado como un «hecho cierto», y frente a la exigencia de veracidad como límite a la libertad de expresión y de información no se admita prueba a contrario. De esta manera se evita convertir el proceso penal en un enjuiciamiento sobre la veracidad o no de un hecho histórico. Cuestión distinta es la crítica que se ha realizado anteriormente en cuanto a si el discurso negacionista puede ser considerado como pura negación de hechos. Asimismo, más problemas me plantea que, por negar un «hecho histórico claramente establecido», los negacionistas queden entonces de manera necesaria y sin mayor enjuiciamiento fuera del ámbito de protección de la libertad científica, al presuponerse que sus investigaciones no pretenden «buscar la verdad»¹⁴⁸⁸. Son cosas diferentes: una es que no se admita prueba sobre la existencia (o inexistencia) del Holocausto, al tomarlo como un «hecho notorio»; y otra es no permitir que se discuta judicialmente si se trata de una investigación historiográfica, aunque su resultado haya terminado negando un «hecho cierto», presumiendo que en todo caso los negacionistas son «falsificadores» de la Historia que no respetan el rigor científico. Esto último, cuanto menos, creo que sí que debe ser en su caso objeto de análisis judicial, como parcialmente ocurrió con el proceso (civil) en Inglaterra en el caso Irving¹⁴⁸⁹. Es verdad que, como se puso de manifiesto anteriormente, el discurso negacionista difícilmente cumplirá con los estándares propios de una investigación científica mínimamente rigurosa; pero tampoco puede desconocerse que existen casos muy fronterizos entre el negacionismo y el revisionismo histórico legítimo¹⁴⁹⁰. En tales

¹⁴⁸⁷ En este sentido, *cfr.* STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia, § 47 y Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia.

¹⁴⁸⁸ Así lo afirmaba el TEDH (Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia): «No puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como es el Holocausto, como el recurrente hace en este libro, no constituye una investigación histórica asimilable a la búsqueda de la verdad» [*There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth*].

¹⁴⁸⁹ En el caso Lipstadt contra David Irving la historiadora tuvo que defenderse de la demanda de libelo poniendo de manifiesto en juicio que Irving había deliberadamente falsificado la historia. *Vid. supra* Cap. 2, epígrafe 2.2.

¹⁴⁹⁰ De hecho el propio TEDH ha tenido que ir trazando la línea en forma un tanto apodíctica entre aquellos casos de revisionismo sobre acontecimientos referidos a la II Guerra Mundial que ha considerado dentro del legítimo debate historiográfico (asuntos Lehideux y Isorni c./Francia; Chauvy y otros c./Francia; y Monnat c./Suiza), reclamando incluso un esfuerzo a las sociedades para afrontar su propio pasado en un debate abierto y sereno (Lehideux y Isorni c./Francia y Monnat c./Francia); del proscrito negacionismo de los crímenes nazis (asuntos Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania; Hans Jorg Schimanek c./Austria; Roger Garaudy c. Francia), en el que el debate histórico estaría absolutamente cerrado y todo aquel que pretenda reabrirlo no puede

supuestos sólo una minuciosa supervisión de la metodología podrá dirimir si se trata de una investigación científica, por más que excéntrica, o si, por el contrario, es un fraude que no puede considerarse ejercicio de la libertad científica. Del mismo modo, se cae en un exceso de juicio todavía mayor cuando, por tratarse de investigaciones sobre «hechos históricos claramente establecidos», no sólo es que no se admita prueba a contrario sobre su veracidad y se entienda que cualquier publicación negacionista resulta en todo caso fuera de lo que puede ser una investigación histórica, sino que se salta de ello a deducir que «el propósito real es la rehabilitación del régimen Nacional-Socialista»¹⁴⁹¹. Tampoco entiendo que tal presunción pueda ser justificada en todo caso sin que ni siquiera se permita prueba sobre la misma. Por todo lo cual sostengo que tanto el carácter científico de un texto negacionista como la intencionalidad perseguida con el mismo han de ser elementos sobre los que debe poderse discutir en el proceso¹⁴⁹².

3. Revisión crítica de las diversas configuraciones típicas del delito de negacionismo en el marco europeo: propuesta de relectura constitucionalmente orientada

3.1. El modesto balance de la «armonización» legislativa en la UE

Antes de realizar una revisión de las diversas configuraciones típicas del delito de negacionismo en el marco europeo, aunque sea a título meramente introductorio, parece necesario hacer balance del impacto de la Decisión marco sobre las legislaciones de los distintos Estados. De hecho la propia norma europea

pretender buscar verdad alguna. Por otro lado, hay que también tener en cuenta que con el delito de negacionismo en ocasiones se sancionan formas de negacionismo que no van referidas únicamente a los crímenes nazis y en las que la frontera entre el revisionismo histórico y el negacionismo fraudulento resultan todavía más difusas, como se ha visto en el asunto *Perinçek c. Suiza*.

¹⁴⁹¹ Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso *Roger Garaudy c./Francia*.

¹⁴⁹² En este sentido, afirma ALCÁCER GUIRAO, criticando la posición del TEDH a este respecto: «Ciertamente, roza casi lo ofensivo pretender traer a juicio testimonios o documentos que prueben, con carácter general, la inexistencia del exterminio judío; pero mucho más discutible resulta aplicar el mismo rasero y denegar *a limine* tales posibilidades de defensa –y, a su vez, inadmitir tal queja por parte del TEDH- cuando las manifestaciones negacionistas atañen, como en el asunto *Marais c. Francia*, a datos históricos muy específicos» («Libertad de expresión, negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 325). Añade que esta «solicitud de prueba puede hacerse valer también para debatir extremos tales como si la conducta expresiva fue realizada con intención de discriminar o de herir el honor de sus destinatarios, o para evaluar sus efectos socialmente lesivos; pero dado que el TEDH, al aplicar el artículo 17 CEDH, no toma en consideración tales circunstancias a los efectos del juicio de ponderación» terminan por tanto resultado irrelevantes a los efectos de prueba» (*ibidem*).

prescribe que «a más tardar el 28 de noviembre de 2013» la Comisión realizará una verificación del cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones derivadas de la misma¹⁴⁹³.

En tal sentido, lo primero que se pone de manifiesto es que son pocos los países que habrían procedido a incriminar este tipo de conductas como consecuencia de la Decisión marco¹⁴⁹⁴. Se mantiene el estatus de los países que ya contaban con este tipo de delito¹⁴⁹⁵ y también de aquellos que se muestran firmes en su decisión de no incluir en su ordenamiento la específica sanción de estas conductas¹⁴⁹⁶. De manera que el efecto «simbólico» pretendido por la Decisión marco de incriminar específicamente este género de discurso, aunque fuera cualificándolo, no se ha visto satisfecho. Cosa distinta es que la Decisión marco, en virtud del principio de «interpretación conforme», exija que este género de conductas sean castigadas a través de los tipos penales generales cuando no exista un delito específico¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹³ Como ha sido referenciado en la presentación, la Comisión Europea ha aprobado este informe el 27 de enero de 2014 (COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council*, «on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JAI on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law», 27.1.2014, COM(2014) 27 final). En el mismo la Comisión realiza un balance crítico de la deficiente implementación que los Estados miembros han realizado de la Decisión marco, en particular en lo referido a la incriminación de las conductas negacionistas: «En el momento se constata que algunos Estados miembros no han transpuesto completa y/o correctamente las previsiones de la Decisión marco, concretamente en relación a los delitos de negación, apología y banalización grosera de ciertos crímenes» [At present it appears that a number of Member States have not transposed fully and/or correctly all the provisions of the Framework Decision, namely in relation to the offences of denying, condoning and grossly trivialising certain crimes.] (*ibidem*, p. 9). Es por ello que la Comisión Europea se propone abrir un diálogo bilateral con los Estados miembros para que satisfagan plenamente las obligaciones derivadas de la Decisión marco.

¹⁴⁹⁴ Así, Chipre (2004 pero reformada en 2011), Malta (2009), República Checa (2005-2010), República Eslovaca (2011), Hungría (2010) –ya había un delito previo–, República Eslovena (2008), Letonia (2009), Lituania (2010), Bulgaria (2011). Alemania también ha introducido alguna reforma en 2010 en aplicación de la Decisión marco, aunque manteniendo el delito de negacionismo. La propuesta de reforma del Código penal español también parte de la necesidad de adaptarse a la Decisión marco. *Vid. supra* Cap. 4.

¹⁴⁹⁵ Como se vio en el Cap. 4, fueron pioneros en la incriminación de estas conductas, Francia (1990), Austria (1992), Alemania (1994), Bélgica (1995), España y Portugal (1995), Luxemburgo (1997) y Polonia (1998).

¹⁴⁹⁶ Se mantienen sin incriminar específicamente las conductas negacionistas, Grecia, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Suecia, Finlandia y Estonia.

¹⁴⁹⁷ A este respecto *cf.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, pp. 153 y ss. y *supra* Cap. 3, epígrafe 2.2.

Pero es que, además, incluso entre los países que cuentan con este delito las diferencias en su configuración siguen siendo muy notables¹⁴⁹⁸. A pesar de la Decisión marco, no existe un eje vertebral común que permita definir nítidamente la esencia del delito de negacionismo. Particularmente llaman la atención aquellos países que contaban con un específico delito de negacionismo referido únicamente a los crímenes de la II Guerra Mundial, pero que no se deciden a ampliar el tipo penal al negacionismo de otros crímenes como prescribe la Decisión marco¹⁴⁹⁹. Y luego están los países que simplemente han acumulado las distintas posibilidades abiertas por la Decisión marco¹⁵⁰⁰. En cuanto a las penas, como fue estudiado, no queda clara la interpretación del marco de pena máxima impuesto por la Decisión marco y si éste es compatible con que el delito pueda ser sancionado con penas alternativas de multa¹⁵⁰¹. Además, las diferencias entre las penas de los diferentes Estados que cuentan con este delito son notables¹⁵⁰². También presenta dudas la aplicación de las exigencias penológicas en los casos en los que no existe un tipo penal concreto anti-negacionista, sino que pueden ser varios los que concurren con diferentes penas entre sí, algunos con penas dentro del marco exigido por la

¹⁴⁹⁸ Acertadamente distingue LOBBA entre «[a]gli ordinamenti che puniscono le espressioni negazioniste *in sé*, infatti, si contrappongono quelli dove esse sono incriminate se ed in quanto rientrano nelle generali fattispecie –ormai diffuse in tutta Europea – di *propaganda o incitamento* all’odio, alla violenza o alla discriminazione razziale. Anche all’interno del primo gruppo, variano sia le *condizioni* poste per la rilevanza penale del negacionismo –talvolta subordinata al turbamento della pace pubblica- sia l’*oggetto* delle espressioni proibite –centrato sul solo Olocausto, esteso anche ad altri genocidi o crimini contro l’umanità, fino a ricomprendere tutti i crimini internazionali» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 129).

¹⁴⁹⁹ Es el caso de Alemania, Austria, Francia y Bélgica.

¹⁵⁰⁰ Especialmente Chipre, Malta y Lituania.

¹⁵⁰¹ La Comisión Europea parece no oponerse a la posibilidad de imponer penas alternativas de prisión siempre y cuando se respete el máximo de pena de prisión fijado por la Decisión marco (*vid. COMISIÓN EUROPEA, Report from the Commission to the European Parliament and the Council, «on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JAI on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law», 27.1.2014, COM(2014) 27 final, p. 6*).

¹⁵⁰² Prevén sólo penas de prisión: Austria (prisión de 1 a 10 años), Portugal (prisión de 1 a 8 años), España (prisión de 1 a 2 años –propuesta de reforma, prisión de 6 meses a 2 años y multa-), Malta (prisión de 8 meses a 2 años), Polonia (3 años de prisión), República Checa (de 6 meses a 3 años), República Eslovaca (de 6 meses a 3 años), Hungría (hasta 3 años de prisión), República Eslovena (hasta 2 años de prisión), Bulgaria (prisión de 1 a 5 años). Penas de prisión y multa: Bélgica (prisión de 8 días a un año y multa), Luxemburgo (prisión de 8 días a 2 años y multa) . Y penas de prisión o multa (o ambas): Alemania (5 años de prisión o multa), Francia (prisión de 1 mes a 1 año y multa o cualquiera de las dos solas), Chipre (prisión hasta 5 años o multa o ambas), Lituania (prisión de hasta dos años o multa –resulta de interpretación dudosa-), Rumanía (prisión de 6 meses a 5 años o multa – propuesta de reforma de 6 meses a 5 años de prisión-). Peculiar es Letonia que permite imponer hasta 5 años de prisión o servicios para la comunidad.

Decisión y otros con penas inferiores. Por ejemplo, se veía como el Gobierno italiano hacía una valoración de «conjunto» para salvar tal cuestión¹⁵⁰³.

Por último, más dificultades puede crear la exigencia de castigar las conductas de «incitación» a este género de delitos¹⁵⁰⁴. Como ha sido estudiado, parece difícil que algunos Estados puedan asumir constitucionalmente el castigar conductas que suponen la «incitación» de un delito que ya de por sí viene configurado como un notable adelantamiento de la barrera punitiva¹⁵⁰⁵.

Visto tan modesto balance se comprende el propósito de este estudio de tratar de reconstruir este delito y ofrecer una propuesta concreta que pudiera ser asumida por los distintos ordenamientos europeos. A estos efectos, en primer lugar se hará una recopilación a nivel europeo de las diferentes posibilidades de definición de la conducta típica propia del delito de negacionismo, siguiendo las bases dadas por la Decisión marco y las preferencias por las que han optado los Estados miembros, para luego entrar en el núcleo de la cualificación ofensiva de este tipo de conductas y proponer entonces una específica configuración para el delito.

3.2. La definición de la conducta típica: acciones típicas, crímenes objeto de negación y otros elementos

3.2.1. El (irresoluble) déficit de taxatividad de la amplia gama de acciones típicas en relación con el discurso negacionista

A la hora de comenzar el análisis del específico delito de negacionismo conviene distinguir, por un lado, las *acciones típicas* y, por otro, el *objeto* de referencia de las mismas, que, como es sabido, deberá ser un tipo de «crimen» (en principio «ya» cometido). Así, en cuanto a las «acciones típicas», siguiendo lo dispuesto por la Decisión marco, se deberán castigar conductas de «apología», «negación» o «trivialización» (flagrante)¹⁵⁰⁶. Se trata de un espectro muy amplio que es necesario concretar¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰³ *Cfr. vid. supra* Cap. 5, epígrafe 3.2.1.

¹⁵⁰⁴ Específicamente refieren la posibilidad de castigar la instigación de este tipo de delitos, Malta, Bulgaria y República checa.

¹⁵⁰⁵ *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 2.

¹⁵⁰⁶ Hay países que han seguido a pie juntillas las conductas dispuestas por la Decisión marco: Chipre, Malta, Lituania, Hungría y Bulgaria. España en la propuesta de reforma recoge también las acciones típicas de la Decisión marco, pero en su formulación actual el tipo penal sólo castiga la justificación y «pretender rehabilitar regímenes» genocidas («negar», como se ha visto, ha sido declarada inconstitucional por la STC 235/2007). Austria además de negar y banalizar gravemente

En principio, las *acciones* que se corresponderían con el núcleo de aquello que se ha definido como discurso negacionista serían la «negación» o la «trivialización» de un genocidio (ya pasado). La primera de las conductas, «negar», no parece que plantee dudas interpretativas: supone mantener que unos hechos no existieron¹⁵⁰⁸. Más imprecisos son los contornos de aquello que puede ser entendido como «trivialización». Dentro de tales conductas se podrían incluir tanto la minimización cuantitativa de los crímenes, como la relativización cualitativa de los mismos. Se abarcaría de esta manera discursos que, aunque no niegan directamente los hechos, sí que plantean dudas, los desfiguran o tratan de desvirtuarlos. Se utilizan a este respecto de manera indistinta en los diferentes tipos penales los verbos «trivializar», «banalizar»¹⁵⁰⁹ o «minimizar». Ahora bien, como prescribe la Decisión marco, esta acción se ve limitada exigiéndose que no sea cualquier tipo de relativización, sino requiriéndose que la misma se realice de forma «grosera» (en la traducción española se habla de «flagrante»), de manera que sólo las formas más graves de banalización serían por tanto típicas¹⁵¹⁰.

incluye «ensalzar», que puede asimilarse a hacer apología, e «intentar justificar». Letonia distingue, por un lado, «glorificar», y, por otro, las conductas de «negar» y «aprobar». Otros Estados han recogido las conductas de negar o banalizar, pero en puesto de hacer apología o ensalzar, prefieren optar por «aprobar» o «justificar»: Alemania («aprobar», «negar» o «banalizar»), Bélgica (cuestionar [contesté], «minimizar groseramente», «intentar justificar», «aprobar»), República checa y República Eslovaca («negar», «poner en duda», «aprobar», «intentar justificar»), República Eslovena («negar», «minimizar el significado», «aprobar», «despreciar», «hacer burla» o «propugnar»), Rumanía («negar», «cuestionar» [contesting], «aprobar», «justificar»), Suiza («negar», «banalizar gravemente», «intentar justificar». Y por último habría países que únicamente sancionan la negación o la «cuestionar» [contesté]: Francia «cuestionar» [contesté]), Portugal («en particular a través de la negación»), Polonia («negar de forma contraria a los hechos»), Israel (negar o minimizar). A los efectos de determinar los verbos típicos me he valido de la traducción al inglés de la Comisión Europea, traduciendo «*public condoning*» por «apología» (como hace la Comisión).

¹⁵⁰⁷ Para un comentario a la acción típica característica de estos delitos, *vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, pp. 141 ss. y E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 18 ss.

¹⁵⁰⁸ El Tribunal Constitucional español interpretó la conducta de negación como: «mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o que no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio» (STC 235/2007, FJ. 7º). Por su parte, la Corte de Arbitraje belga entendía negar como impugnar la totalidad del hecho (Sentencia de 12 de julio de 1996).

¹⁵⁰⁹ Por ejemplo, véase la propuesta de Decisión marco de la Comisión Europea (*supra* Cap. 3, epígrafe 2.1.2).

¹⁵¹⁰ A esta consideración se agarraba la Corte de Arbitraje belga para admitir la sanción de conductas más difusas como la minimización (Corte de Arbitraje belga en su sentencia de 12 de julio de 1996). No obstante, hay países que no recogen tal cualificación y castigan cualquier forma de banalización. Es el caso, por ejemplo, de Alemania, Luxemburgo o República Eslovena.

Los tipos penales de algunos países han recogido también acciones como «aprobar» o «justificar» los crímenes. En sentido similar creo que puede entenderse el verbo «*contesté*» usado por la Ley Gaysot francesa y tomado también por Luxemburgo¹⁵¹¹. Esto supone dar un salto más en la valoración de los crímenes. No es ya que se «niegue» o «cuestione» su existencia, sino que se suscriben los hechos, se presentan como aceptables o justos¹⁵¹².

La Decisión marco recoge por su parte la «apología». En mi opinión esta acción supone un grado de identificación con el crimen todavía mayor que la aprobación o la justificación, ya que implica «ensalzar» o «alabar» el crimen o sus autores¹⁵¹³.

De manera que el espectro típico determinado por las acciones delictivas abarca un ámbito abanico de conductas, desde la mera negación o relativización de los crímenes, a otras que implican su justificación, aprobación o incluso la apología de los mismos. Y, como se ha visto, la mayoría de los Estados que han establecido un delito de este tipo se han acogido a esta amplia variedad de conductas¹⁵¹⁴. El primer problema que se presenta entonces viene dado porque tales delitos adolecen de un déficit de taxatividad, lo cual no deja de ser una debilidad importante sobre todo cuando está en juego la limitación penal de una libertad fundamental¹⁵¹⁵. Lo que añade, además, el consiguiente efecto disuasorio para

¹⁵¹¹ A este respecto véanse los casos de aplicación judicial del delito que se recogen en E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, pp. 51 ss.: Cour Appel Paris, 21 enero 2009, nº 08/02208; Cour Pappel parís, 18 junio 2008, nº 07/08276, Cour Appel Paris, 11 septiembre 2002, nº 01/01445; Cour Appel Metz, 27 septiembre 2000, nº 971/2000; Cour Appel Paris, 1 abril 1992, nº 5571/91; Cour Appel Paris, 2 abril 2009, nº 08/00017.

¹⁵¹² Afirmaba el Tribunal Constitucional español que por justificar debe entenderse la «relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de una cierta identificación con los autores» (STC 235/2007, FJ. 7º). En sentido similar véase lo concluido por la Corte de Arbitraje belga en su sentencia de 12 de julio de 1996 (*supra* Cap. 4, epígrafe 1.2.).

¹⁵¹³ En tal sentido véase la regulación de Letonia o Austria.

¹⁵¹⁴ Francia parece hacer excepción en la medida que no castiga las meras conductas de «negación», como el resto de Estados, sino una forma expresiva más cualificada como es «cuestionar» [contesté]. También llama la atención Polonia que sólo castigaría las expresiones de «negar de forma contraria a los hechos», pero no otras formas de aprobación o justificación que no entraran en la negación en sí (sin perjuicio de que las mismas pudieran sancionarse a través de otros preceptos). *Vid. supra* nota 1506 en este Cap.

¹⁵¹⁵ La taxatividad de estos preceptos era cuestionada por ejemplo en la STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, § 71, referida al tipo penal suizo de negacionismo que castigaba cualquier conducta de negación de genocidios; o, referida al tipo de la Ley Gayssoy, el Comité de Derechos Humanos de la ONU también criticaba la amplitud de la misma (Communication nº 550/1993: France, caso Faurisson, 16/12/1996 (CCPR/C/58/550/1993)). Por su parte, el Gobierno húngaro ha estado entre los que se ha posicionado de forma más crítica en relación al déficit de taxatividad de este género de preceptos, siguiendo la propia doctrina sentada por su propia Corte Constitucional, en particular en su sentencia nº 18/2004, de 25 de mayo.

conductas revisionistas de estos crímenes que pudieran estar legítimamente amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión, reforzada incluso por la libertad académica¹⁵¹⁶. Sin embargo, este problema parece difícilmente salvable si se quiere construir un tipo específicamente anti-negacionista, vista la diversidad de formas con las que se presenta este género de discursos¹⁵¹⁷. De ahí que al final tenga que pasarse por castigar tan amplio espectro de conductas si se quiere incorporar un delito de este tipo. Para tratar de compensarlo se podrán introducir, como se verá, diferentes cláusulas que pretenden limitar el ámbito punitivo abarcado por las acciones típicas¹⁵¹⁸. Asimismo, aunque tampoco parece adecuado poner al mismo nivel conductas con una gravedad sensiblemente diferenciada como puede ser la «negación» de un crimen con la «apología» del mismo, se trata de otra consecuencia derivada de la complejidad de este género de discursos en los que se suelen combinar en un mismo texto fórmulas meramente negadoras, banalizaciones o justificaciones de crímenes, con otras expresiones apologetas o glorificadoras. Como ocurre con el problema anterior, y en la medida que, como se propondrá, el contenido de injusto se cargará en la cualificación ofensiva que tengan las conductas, se pueden situar todas estas acciones en un mismo nivel. De tal suerte que, en aras de respetar al máximo lo dispuesto por la Decisión marco, para construir el tipo penal parece recomendable mantener la amplia definición típica de acciones que contempla la normativa europea.

3.2.2. La «discutible» ampliación de los crímenes objeto de negación

La concreción de los «crímenes» objeto de negación o justificación resulta un elemento clave en la valoración del contenido de injusto de la norma. Porque, si el negacionismo del Holocausto fue el «*topos*» motivador de la misma, el ámbito del precepto se ha extendido notablemente ampliando la referencia a otros crímenes. Así las cosas, la Decisión marco proyecta, en dos letras distintas, las acciones típicas antes mencionadas sobre: primero, «los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 1.1.c); y, segundo, «los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945» (art. 1.1.d).

¹⁵¹⁶ Vid. *infra* Cap. 8, epígrafe 1.

¹⁵¹⁷ Así lo reconocía la Corte de Arbitraje belga en su sentencia de 12 de julio de 1996.

¹⁵¹⁸ Para FRONZA el intento de circunscribir el área ilícita es casi una misión imposible: «la frequente confusione fenomenologica delle espressioni, unita all'indeterminatezza di concetti quali la minimizzazione grossolana o la contestation, rende illusorio il tentativo di circoscrivere l'area di illiceità selezionando i tipi di espressioni proibita» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 141).

De manera que el elemento característico de la conducta delictiva será que las acciones típicas (negación, aprobación...) vayan referidas a ciertos «crímenes» contra la Comunidad Internacional (genocidio, crímenes de guerra, contra la humanidad...). Lo normal es que se trate, además, de crímenes efectivamente cometidos –de hecho, como se ha estudiado, en algunos casos se exige incluso que hayan sido determinados judicialmente-. Ahora bien, según se construya el tipo penal puede plantearse la duda acerca de si cabría castigar las conductas de apología o de justificación cuando fueran referidas en abstracto a tales crímenes contra la Humanidad aunque no se proyectaran sobre delitos ya cometidos¹⁵¹⁹.

En cualquier caso, el elemento diferencial más importante en las distintas legislaciones viene dado por aquellos Estados que en la regulación del específico delito de negacionismo se han mantenido fieles a su razón de ser última y sólo tipifican las conductas referidas a los crímenes de la II Guerra Mundial, pudiéndose distinguir a su vez entre aquellos países que castigan sólo los crímenes nacionalsocialistas¹⁵²⁰, y los que reprimen también los crímenes del régimen soviético¹⁵²¹. En el otro extremo se sitúan los Estados que han extendido la sanción a cualquier otro crimen contra la Comunidad Internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra)¹⁵²², cumpliendo lo prescrito por la Decisión marco europea. A este respecto, puede ser interesante recordar una precisión que permite ver el cambio de perspectiva en la concepción de la amplitud que se debía dar al delito de negacionismo: así, en la propuesta de Decisión marco de la Comisión se regulaba, por un lado, la «apología pública» con fines racistas o xenófobos de crímenes regulados según el Estatuto de la Corte Penal Internacional; y, por otro, las conductas de negacionismo o banalización de los crímenes de la II Guerra Mundial. De esta forma quedaba mejor diferenciada la

¹⁵¹⁹ La negación o banalización de un crimen tiene que ir referida lógicamente a un hecho cometido, pero sí que cabe plantear la posibilidad de que se dé una apología o justificación abstracta de la comisión de este género de delitos. Tales dudas se planteaban, por ejemplo, con el tipo español al ir referido de manera genérica al delito de genocidio según el tipo del Código penal español.

¹⁵²⁰ Así, Alemania, Austria, Bélgica, Israel o Francia. Aunque este último podría plantearse la duda de si no pudiera extenderse a otros crímenes fuera de los cometidos por el «Eje Europeo» pero que reunieran los requisitos típicos del Estatuto del Tribunal Penal Internacional y que hubieran sido declarados por otros tribunales como crímenes. En este sentido, *cfr.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 49, y *supra* Cap. 4, epígrafe 1.1.3.

¹⁵²¹ Es el caso de Polonia, República Checa y Hungría.

¹⁵²² Así, Luxemburgo, Chipre, República Eslovaca, República Eslovena, Letonia, Lituania, Rumanía y Bulgaria. España en la formulación vigente del art. 607.2 Cp. sólo sancionaría la negación de crímenes de genocidio, pero no de otros crímenes contra la Comunidad Internacional –la propuesta de reforma del Código penal español subsanaría este extremo extendiendo el castigo al negacionismo de otros crímenes contra la humanidad y de guerra-.

razón punitiva de una y otra conducta, dejando el castigo del discurso propiamente negacionista referido únicamente al particular episodio del Holocausto¹⁵²³.

Nuevamente, con esta ampliación del ámbito punitivo se ve la fuerza expansiva de este delito, el cual se aleja de su fundamento originario en relación con la memoria del Holocausto, el delito conocido como la «mentira de Auschwitz»¹⁵²⁴. En cualquier caso, y como se concluía en el apartado anterior, si la decisión es la de incriminar el discurso negacionista, parece que al final la opción más adecuada pueda resultar la de castigar la negación o justificación de cualquier crimen contra la humanidad, incluso en abstracto, para alejarse así de la idea de que con este delito se da una tutela «extraordinaria» a la memoria de un particular y trágico evento histórico.

3.2.3. Otros elementos restrictivos del ámbito punitivo

En última instancia cabe reseñar otros elementos que sirven como elementos para restringir el ámbito punitivo delimitado inicialmente por las acciones típicas y que ayudan a terminar de perfilar el desvalor propio de este delito.

A. Publicidad

La «publicidad» se trata de un elemento característico del injusto propio de los delitos de provocación y que igualmente refuerza el reproche cuando se trata de insultos u otras vejaciones de palabra. Así las cosas, la Decisión marco prevé que el castigo de las acciones típicas se dé únicamente cuando éstas se realizaran «públicamente»¹⁵²⁵. Este requisito ha sido asumido por los distintos Estados europeos, aunque varía su formulación con pequeños matices (en reuniones públicas, por cualquier medio de difusión, etc.)¹⁵²⁶. Se trata por tanto de una

¹⁵²³ *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 2.1.2.

¹⁵²⁴ P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 142, califica la extensión del objeto de las expresiones incriminadas como «il vero punto dolente nell'incriminare del negazionismo». Puede verse también, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵²⁵ Se ha puesto de manifiesto al comentar la Decisión marco (Cap. 3, epígrafe 2.1), cómo en la traducción española del texto de la Decisión marco se induce a error al referir el carácter público sólo con respecto a la conducta de apología, pero no respecto del resto de acciones (negar o trivializar flagrantemente). No obstante, una interpretación conforme con el texto de la Decisión marco según el resto de lenguas lleva a concluir que el carácter público es exigible para todas las acciones típicas.

¹⁵²⁶ El caso del art. 607.2 Cp. español resulta uno de los más peculiares porque el carácter público habría que deducirlo de la acción de «difundir por cualquier medio», de tal suerte que

cláusula de incorporación casi «obligatoria» a la hora de configurar un delito de este tipo, ya que lo que supondría un claro exceso punitivo sería llevar la sanción penal a manifestaciones realizadas en el ámbito privado.

B. Determinación judicial de los crímenes objeto de negación o aprobación por sentencia judicial firme de un tribunal nacional o internacional

Ha sido denominada «cláusula francesa»¹⁵²⁷ ya que su origen parte de la legislación de este país, aunque otros Estados la han reproducido con algunas variaciones¹⁵²⁸. Esta cláusula trata de dotar de una mayor determinación al precepto en la medida que sólo serían típicos los discursos negacionistas referidos a crímenes contra la Comunidad Internacional determinados por sentencia judicial de un tribunal nacional o de un tribunal internacional o sólo de un tribunal internacional. Como se ha puesto de manifiesto, se critica de esta cláusula que con la misma parece que se estuviera salvaguardando la fuerza de la «verdad judicial» (o la «autoridad judicial») y que, si el fundamento del delito es su carácter ofensivo para las víctimas de un grave crimen o su peligrosidad, no se comprende por qué diferenciar entre víctimas por la sola condición de que los crímenes hayan sido o no resueltos judicialmente o en qué cambia en cuanto a su potencial peligrosidad

cabría castigar conductas no realizadas públicamente siempre y cuando se hubiera dado una difusión entre una pluralidad de personas. La propuesta de reforma no corrige este extremo y no requiere publicidad (*vid. supra* Cap. 6, epígrafe 7). En el resto de países no parece que se presente tal problema ya que, o directamente recogen la exigencia de publicidad (Chipre, Malta, Polonia, República Checa, República Eslovaca, Hungría, República Eslovena, Letonia, Lituania, Bulgaria, Suiza e Israel), o requieren que las mismas se den a través de medios de difusión públicos, en reuniones o lugares públicos (así, Alemania, Austria, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal y Rumanía).

¹⁵²⁷ P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 147.

¹⁵²⁸ La cláusula de la Ley Gayssot prescribe que los crímenes negados hayan sido fijados por sentencia o del Tribunal de Núremberg o por un tribunal francés o internacional. Luxemburgo recoge también esta cláusula pero distingue: los crímenes de la II Guerra Mundial han de tratarse o de crímenes cometidos por una organización considerada criminal según el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg o por persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción luxemburguesa, extranjera o internacional; mientras que otros crímenes según el Estatuto del Tribunal Penal Internacional habrán de haber sido así reconocidos por una jurisdicción luxemburguesa o internacional. Chipre exige la decisión final de una corte internacional. La República Eslovaca se acogió a la cláusula en el Consejo Europeo pero no la recoge en el tipo penal. Lituania hace una peculiar distinción entre crímenes fijados por la legislación lituana o de la UE y crímenes sentenciados por tribunales lituanos o internacionales y crímenes contra la República. Tanto Rumanía como España en las propuestas de reforma se adhieren también a cláusulas de este tipo.

este dato¹⁵²⁹. Algo que, en mi opinión, justifica no incluir este tipo de cláusulas que, a la postre, pueden distorsionar más que aportar al construir el tipo delictivo.

C. Dirigidas contra grupos de personas o sus miembros definidos en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico

Se trata de una cláusula típica de los delitos del género del «discurso del odio» que viene a identificar una serie de «grupos diana» frente a los que deben dirigirse las conductas¹⁵³⁰. Se fundamenta en la especial vulnerabilidad de estos grupos caracterizados por su condición racial, de color, religiosa, ascendencia o su origen nacional o étnico. Se hace necesario diferenciar esta cláusula de otras muy similares que también suelen ser recogidas en este tipo de preceptos. Así, por ejemplo, algunos países recogen una cláusula similar pero que viene a indicar la «razón» o el «carácter» en el que se basa la ofensa contra el grupo: el insulto o la discriminación se ha de producir «por razón» de la condición racial, étnica, religiosa de la persona o grupo¹⁵³¹. Aunque muy cercana, esta cualificación creo que también es distinta a la caracterización de la conducta requiriendo expresamente un elemento subjetivo al modo de la agravante racista: cuando la conducta se cometa por unos «motivos» concretos¹⁵³². Pues bien, entre las distintas posibilidades considero que también aquí la formulación de la Decisión marco sería la más adecuada, exigiendo que este tipo de discurso fuera dirigido «contra» personas o grupos diana definidos por unas peculiares características (de raza, género, etc.), reforzando así su contenido de injusto y, además, se podría entender que con ello quedaría subsumido el reproche propio de la agravante racista.

¹⁵²⁹ Así, P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 147, «la clausola francese discrimina irragionevolmente tra crimini di indubbio carattere atroce e masivo sulla base di un requisito eccentrico rispetto alla *ratio* che dovrebbe sottostare al divieto di espressioni negazioniste» y añade «[l]'oggetto giuridico tenderebbe così ad identificarsi con la salvaguardia dell'autorità di tali organi giurisdizionali –attraverso la tutela dei “fatti giudizialmente stabiliti”–, svincolandosi dalle ragioni incentrate sulla lotta a razzismo e xenofobia». En sentido similar, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 73 ss., «[s]i rischia, sostanzialmente, di originare una gerarchia delle memorie storiche e dei negazionismi».

¹⁵³⁰ Recogen esta cláusula Bulgaria, Chipre y Malta. También España en la propuesta de reforma.

¹⁵³¹ Es el caso de Portugal y también de Suiza. En el caso de Suiza, como se ha visto, LANDA GOROSTIZA sostenía que esta cláusula servía a delimitar el sujeto pasivo (*La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 166).

¹⁵³² Por ejemplo, en Austria la doctrina discute si al delito de negacionismo le es exigible también que la conductas se realicen «en sentido nacionalsocialista» (*vid. supra* Cap. 4, epígrafe 1.1.2).

3.3. La ofensividad de la conducta típica: de la presunción de ofensividad al carácter instigador o insultante. Propuesta crítica

El elemento clave en la delimitación del contenido de injusto del específico delito de negacionismo se encuentra en la identificación de la cualificación ofensiva de la conducta típica. Con la mera descripción de la acción típica no quedaría bien perfilado el injusto de la norma; algo de lo que han sido conscientes algunos legisladores europeos, pero no todos. El problema que aquí se pretende abordar no es si se castigan expresiones de «mera» negación, o si éstas van enriquecidas con otras valoraciones, sino la forma en la que se presenta la ofensividad exigida por el tipo penal para justificar el castigo de este género de conductas. En particular refiero como «cualificación» de la conducta cuando el legislador, además de la acción típica tal y como se ha definido anteriormente, exige que la misma se dé según una particular forma ofensiva (insultante, provocadora...).

En algunos países, como ha sido estudiado, se ha recogido el tipo penal sin ninguna cualificación ofensiva particular¹⁵³³, mientras que otros ordenamientos han optado por incluir en la propia formulación de la conducta típica la cualificación ofensiva del mismo, bien sea por su idoneidad provocadora¹⁵³⁴ o bien por su carácter insultante, vejatorio o amenazante¹⁵³⁵, o incluso por ambas¹⁵³⁶. La propia Decisión marco parte ya de una definición de las conductas negacionistas

¹⁵³³ Referidos sólo a crímenes de la II Guerra Mundial: Bélgica, Francia, Austria, Polonia, República Checa (aunque exige un «daño a la sociedad») y Hungría; en general para cualquier crimen contra la Comunidad Internacional: España, Luxemburgo, República eslovaca, República eslovena y Letonia.

¹⁵³⁴ Es el caso de Alemania, que exige que las conductas se den en forma «adecuada para perturbar la paz pública». Bulgaria establece que las conductas negacionistas serán castigadas cuando «de esta forma cree un peligro de violencia u odio» contra un grupo definido por raza, color, religión, ascendencia, etc. España en la propuesta de reforma del Código penal prescribe que serán castigadas «cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» contra ciertos grupos diana o sus miembros.

¹⁵³⁵ Así, Portugal y Suiza.

¹⁵³⁶ Es el caso de Chipre, que copia la Decisión marco y castiga las conductas que de forma intencional sean o idóneas para perturbar el orden público o que sean amenazantes, abusivas o insultantes, y, además, han de poder incitar a la violencia o al odio contra personas o grupos. En sentido similar Malta sigue también la Decisión marco y distingue, por un lado, conductas negacionistas idóneas a incitar a la violencia, y, por otro, que resulten idóneas a perturbar la paz pública o sean amenazantes, abusivas o insultantes. Lituania recoge también estas dos últimas cualificaciones: que las conductas negacionistas se den en modo amenazante, insultante u ofensivo o que puedan perturbar el orden público. Israel impone una cualificación pero de índole subjetivo, al exigir que se den con la intención de defender a los perpetradores de tales crímenes o de expresar simpatía o identificación con los mismos. *Vid. supra* Cap. 4.

«cualificada» en tanto que forma de provocación, que configura un tipo delictivo «básico» propio de la legislación anti-racista y anti-xenófoba, pero, además, permite también otras cualificaciones adicionales. La cuestión lógicamente no es baladí y de ella dependerá el bien jurídico finalmente identificado y el juicio de legitimidad que se pueda hacer de las mismas.

3.3.1. La ofensividad «in se» de las conductas negacionistas o la presunción de su peligrosidad

Algunos Estados han optado por construir el tipo penal sin recoger expresamente ninguna «cualificación» ofensiva de la conducta delictiva, aunque hayan incluido alguna cláusula adicional para restringir el ámbito punitivo (especialmente publicidad y determinación judicial de los crímenes negados). Ha sido el caso, por ejemplo, de Bélgica o Francia, aunque referido «sólo» a los crímenes de la II Guerra Mundial; o más extremo, el caso de España, que refería las acciones típicas a cualquier genocidio. Pero también otros muchos países se han apuntado a este tipo de formulación¹⁵³⁷.

El contenido del injusto del delito se encontraría ínsito en las específicas conductas negacionistas, es decir, la sola realización de la acción típica sería meritoria de un reproche jurídico penal al considerarse que éstas resultan *per se* ofensivas¹⁵³⁸. Pero tal consideración como «*mala in se*» de los discursos negacionistas puede justificarse: a) porque se entienda que cualquier negación de un genocidio resulta lesiva de los derechos de sus víctimas (honor y/o dignidad), en cuyo caso estaríamos ante unas conductas que son estimadas por el legislador en sí mismas como ofensivas (insultantes o vejatorias); b) admitiendo su peligrosidad «presunta» para provocar a actos delictivos u hostiles¹⁵³⁹. La pregunta sería entonces: *¿Es «razonable» la «base» sobre la que el legislador habría fundado tal componente ofensivo de las meras acciones de negar o aprobar un*

¹⁵³⁷ Véase los países mencionados en n. 1534 en este Cap.

¹⁵³⁸ Así, ya se ha señalado cómo un sector doctrinal sostiene que cualquier discurso negacionista debe entenderse en todo caso ofensivo.

¹⁵³⁹ En este sentido, *cfr.* M. TROPER, «Derecho y negacionismo...», *op. cit.*, p. 980, «en el caso del negacionismo, el legislador presume que procede de una intención de generar odio, y que es susceptible de tener dicho efecto». P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 133, señala que las cortes constitucionales de Alemania y Bélgica han confirmado la opción legislativa que valora la «*pericolosità in sé* delle affermazioni negazioniste». No entro ahora a la delicada cuestión, que se afrontará en el siguiente apartado, acerca de si puede fundarse el reproche penal en la «provocación» a actos «no delictivos»; y es que resulta difícil de justificar que pueda castigarse una conducta con un contenido de injusto basado en su «peligrosidad» y en la que el «resultado lesivo temido» -de verificarse- no merecería castigo penal.

crimen contra la humanidad? Y es que, tal juicio «absoluto» de ofensividad del discurso negacionista es ya difícil de fundar de forma general incluso para el negacionismo del Holocausto; pero mucho más infundado resulta, a mi entender, ante el negacionismo de otros crímenes¹⁵⁴⁰. En tal sentido, sobre la peligrosidad de este tipo de discursos, parece desmesurado establecer a nivel penal una presunción *iuris et de iure* de que las conductas negacionistas resultan idóneas a perturbar el orden público o a provocar a la comisión de actos de delictivos (o aunque fuera hostilidades) contra personas o grupos. El legislador, además, ha buscado castigar la acción «desnuda», como la mera expresión de unas ideas o con un contenido determinado, sin más «revestimiento» del contenido ofensivo que su difusión «pública»¹⁵⁴¹. Y, en tal sentido, no creo que exista base racional (vista en un sentido estadístico) que permita presumir *ex lege* la conexión causal, en términos de probabilidad, entre las meras conductas negacionistas y la comisión de actos hostiles o delictivos contra personas o grupos¹⁵⁴². Cuestión distinta es

¹⁵⁴⁰ Incluso los tribunales que se han pronunciado de forma más contundente asumiendo el carácter en todo caso ofensivo del negacionismo, como el TEDH o el Tribunal Constitucional Federal alemán, lo han hecho siempre en relación con el negacionismo del Holocausto, tal y como se ha estudiado. Esta conclusión se ve reforzada por la reciente sentencia del TEDH (STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza) en la que el Tribunal descartaba que ante el castigo de unos discursos negacionistas del genocidio armeno se hubiera demostrado que los mismos pudieran poner en peligro el orden público en Suiza (§ 75) y, en todo caso, concluía que su sanción no resultaba «necesaria en una sociedad democrática» (§§ 76 y ss.).

¹⁵⁴¹ Podría plantearse la legitimidad de la posibilidad de recurrir a una fórmula de peligro abstracto/presunto en el caso de que el legislador fuera capaz de definir en la norma aquellas condiciones en las cuales este tipo de manifestaciones fueran idóneas para crear ese efectivo peligro; algo que, sin embargo, resulta verdaderamente complejo de poder delimitar a nivel legislativo en delitos de este género. A este respecto, *cfr.* G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 161 y E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, apartado 4º.

¹⁵⁴² En este sentido, J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 343, que la califica como de «pronóstico imposible», o A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, pp. 34 y ss., reconoce que resulta difícil que la conducta reconoce negacionista pueda entenderse idónea por sí misma cuando, menos aún cuando el autor es un sujeto individual que ni siquiera reviste posiciones de poder en el aparato institucional. De ahí que al justificar este género de delitos por su peligrosidad se refieran resultados tan difusos como la prohibición de preparar psicológicamente para la generación de un genocidio o un genérico clima de hostilidad, en los que el contenido de injusto se reduce más bien a un mero imperativo normativo que a una auténtica constatación ofensiva contra un bien jurídico y que, al final, terminan castigando la pura difusión de ciertas ideas (así, por ejemplo, *vid.* L. PICOTTI, «Diffusione di idee "razziste" ...», *op. cit.*, p. 437; o ÍD., «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, p. 134). En sentido crítico, cuestionaban esta formulación en relación al tipo penal español, por ejemplo, M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1135; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.*; G. BENLLOCH PETT, «El Derecho penal ante el conflicto político...», *op. cit.*, p. 190), L. RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), *Código penal...*, *op. cit.*, p. 1781) o G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 2149).

que se diera un «contexto de crisis», pero de *lege lata* estos delitos no recogen tal exigencia en ningún país¹⁵⁴³.

Por otro lado, como afirmación genérica referida a todo discurso negacionista como mucho puede sostenerse que este tipo de discursos «hurtan la sensibilidad» social, y especialmente la de los grupos de víctimas. Ahora bien, como ya se dijo, cualquier sociedad que asuma el pluralismo y la libertad de expresión como base no puede fundar el reproche a un determinado discurso porque el mismo ofenda la «sensibilidad» colectiva o el buen sentido del «mínimo ético» común en una sociedad democrática¹⁵⁴⁴. Resultar «vejatorio», «insultante», «amenazante», o provocar a acciones de «hostilidad», «discriminación» o «violencia», supone ir mucho más allá que la ofensa a una sensibilidad social. Por lo que tampoco creo que sea admisible entender que toda expresión negacionista resulta por sí misma injuriosa, amenazante o vejatoria, según la amplia formulación del tipo. En definitiva, con esta formulación típica se viene a crear «una responsabilidad absoluta con respecto a la cual no cabe defensa posible»¹⁵⁴⁵.

Tanto es así que los tribunales constitucionales, tibios a la hora de reconocer la ilegitimidad de estos tipos delictivos, han tenido que hacer esfuerzos interpretativos extraordinarios, que en realidad se han convertido en auténticos actos manipulativos o aditivos, deduciendo contenidos «implícitos» de las conductas típicas para dotarlas de un mínimo contenido de antijuridicidad material y permitir su supervisión última por los jueces. Paradigmáticas son en

¹⁵⁴³ A este respecto véase en particular la propuesta de J. M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 173; y del mismo autor: «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 318 y criterios en p. 342; y «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 607 y 22.

¹⁵⁴⁴ Comparto con FRONZA que «[u]na libera manifestazione del pensiero può essere, anzi, deve forse poter essere anche perturbativa, dissonante, divergente rispetto alle “verità” dominanti ed anche rispetto alle verità storiche» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 145), de manera que aunque se reconozca el potencial subversivo y chocante de las ideas negacionistas, cabría preguntarse «se non è forse questa l'essenza della libera manifestazione del pensiero, ovvero il suo essere pericolosa in quanto capace di modificare e mettere in discussione decodificazioni sedimentate e consacrate di eventi storici significativi» (*ibidem*, p. 145). En el mismo sentido, *cfr.* A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss. También *vid.* epígrafe 2.2.2 en este Cap.

¹⁵⁴⁵ Son palabras de Rajsoomer LALLAH en su voto concurrente a la decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU al caso Faurisson (Communication nº 550/1993: France. 16/12/1996 – CCPR/C/58/550/1993), referidas a la formulación de la Ley Gayssot. Y es que, como ha sostenido PERIS RIERA, aunque en relación a otro género de delitos igualmente límite como es la regulación penal de la manipulación genética: «Muy pocas garantías ofrecerá el criterio de la necesaria ofensividad si una aplicación inadecuada del principio de legalidad penal se plasma en tipicidades de elasticidad tan grande “que pueden abarcar cualquier comportamiento por alejado que se encuentre de los objetos de protección”, con tal actitud del legislador aquellos serán *ratio* pero no “límite” de las incriminaciones» (*La regulación penal de la manipulación genética*, Civitas, Madrid, 1995, p. 87)

este sentido las sentencias de los tribunales constitucionales español¹⁵⁴⁶ y belga¹⁵⁴⁷, o los tribunales ordinarios franceses¹⁵⁴⁸. La Corte Costituzionale italiana, aunque no se haya referido a un delito de negacionismo (todavía) inexistente en este ordenamiento, sí que ha tenido que enfrentarse a problemáticas similares con otros delitos¹⁵⁴⁹ construidos legislativamente como tipos de mera conducta y peligro presunto, y que han sido «reconstruidos»¹⁵⁵⁰ por la Corte exigiendo una concreta idoneidad lesiva de la conducta¹⁵⁵¹. En sentido contrario, se ha visto la

¹⁵⁴⁶ Como ha sido estudiado, el Tribunal Constitucional español en su STC 235/2007 reconoció la ilegitimidad constitucional del castigo de la conducta de simple «negación» del genocidio al no ser capaz de poder deducir de tal acción ni una «adhesión valorativa al hecho criminal», ni que tan siquiera tendencialmente pudiera considerarse que con las mismas se persiguiera la generación de un clima de hostilidad y mucho menos que fueran idóneas a conseguirlo. En cambio, sí que forzaba el tenor literal de la acción de «justificar» para deducir de la misma tal elemento tendencial incitador, indirectamente, a tales actos de hostilidad o delictivos (STC 235/2007, FJ. 9º). En cualquier caso, el Constitucional español exigía que las conductas reprochadas representen «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad». La mayoría de la jurisprudencia ordinaria posterior a la sentencia ha optado por entender que se trata de un delito de peligro abstracto (véanse Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, 5/03/2008; sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5/03/2010 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 26/04/2010, y muy especialmente la sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, nº 892, de 7/10/2009), si bien el Tribunal Supremo ha tratado de releerlo como un delito de peligro hipotético, exigiendo que se verifique al menos la idoneidad de la acción para poner en peligro el bien jurídico (STS n. 149, de 12/04/2011).

¹⁵⁴⁷ La Corte de Arbitraje belga, en su sentencia de 12 de julio de 1996, se ha visto cómo para justificar el tipo penal tuvo que deducir como rasgo común a las conductas típicas el que indirectamente pretenden rehabilitar una ideología hostil y ofender a personas. La Corte belga admitía la «presunción» *ex lege* de tales elementos, pero al tiempo abría la posibilidad a que se pudiera dar prueba a contrario.

¹⁵⁴⁸ Los tribunales franceses, como se ha estudiado, han tenido que realizar un esfuerzo interpretativo en la aplicación del delito de negacionismo, fijando unos criterios de valoración que van más allá de la mera acción típica y llevan a enjuiciar el contexto, los fines y el propio método para dar relevancia típica a la conducta.

¹⁵⁴⁹ En particular el delito de instigación al odio entre clases sociales (art. 415 Cp. it.), el delito de apología (art. 414.3 Cp. it.) o los delitos de apología y manifestaciones fascistas incluidos por la Legge Scelba (l. n. 645 del 20/06/1952) y el delito de apología del genocidio (L. n. 962 de 9 de octubre de 1967).

¹⁵⁵⁰ Así, *cfr.* G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, se refería a «manipulación» del delito de instigación al odio entre clases sociales; o G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 2, advertía este efecto aditivo o manipulativo

¹⁵⁵¹ Recordando lo ya estudiado en el Cap. 5, *vid.* la Sent. Cort. Cost. 65/1970, sobre el delito de apología (art. 414,3 Cp. it.), cuya sanción se permite en la medida que «integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di deliti»; o la Sent. Cort. Cost. 108/1974, sobre el delito de «istigazione al odio fra le classi sociali» (art. 415 Cp. it.), que era declarado inconstitucional en la medida que «non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». En sentido similar, *cfr.* Sentt. Cort. cost., 1/1957, 15/1973; 19/1962; 87/1966. No es tan clara, sin embargo, su posición en la Sent. Cort. Cost. 74/1958. En relación con los delitos de vilipendio se pueden destacar, Sent. Cort. Cost. 20/1974 y 531/2000. La

posición de aquellos tribunales, en particular el TEDH y el Tribunal Constitucional Federal alemán, que, al menos para el negacionismo del Holocausto, sí que consideran que este tipo de expresiones resultan en todo caso insultantes¹⁵⁵². Una posición que podría llegar a estar justificada en el contexto social germano¹⁵⁵³ -en atención también al carácter militante de estos órdenes constitucionales-; si bien, paradójicamente, el legislador alemán no ha querido ir tan allá en la definición del tipo *ad hoc* de negacionismo y sí que ha cualificado la conducta exigiendo en el tipo penal su idoneidad perturbadora para la paz pública¹⁵⁵⁴. Porque una cosa es que se llegue a admitir la privación de protección constitucional a «cualquier» tipo de discurso negacionista (al menos del Holocausto), y otra es que ello justifique que en todo caso pueda ser castigado penalmente.

Corte de Cassazione, por su parte, se ha visto cómo no ha recibido homogéneamente esta jurisprudencia y ha oscilado a la hora de concretar la idoneidad lesiva o la peligrosidad exigible en estos delitos, planteando en ocasiones la idoneidad como «mera possibilità» de que se cometan delitos (así, por ejemplo, *cfr.* Sent. Cass., I, 17/11/1997, Sent. Cass., I, 05/05/1999, n. 8779; Sent. Cass., I, 27/09/1991). Pero en algún caso ha seguido manteniendo la presunción de peligro. Así, en el delito de apología al genocidio la Cassazione ha optado por definirlo como un delito de peligro presunto (Sent. cass., I, 29/03/1985, n. 507); o también el delito de incitación a cometer violencia por motivos raciales, étnicos, etc. (art. 3.1.b l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dalla l. 25 giugno 1993, n. 205) ha sido definido como « *un reato di pura condotta e di pericolo astratto, e non essendo revocabili in dubbio*» (Sent. Cort. Cass., I, 26/11/1997). En otras instancias, se han destacado sentencias como la Sent. Tribunale di Milano, 25/02/2003, n. 415 o la Sent. Ass. Milano, 14/11/2001. En doctrina, *cfr.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss y 279 y ss., con una relectura en clave constitucional de los delitos de provocación; y F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 171 y ss. También pueden verse, entre otros muchos, G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*; C. TRUCCO, «Brevi note sui più recenti...», *op. cit.*, p. 743-744, particularmente pp. 737 y ss.; M. CESARE, «Sull'apologia e i reati...», *op. cit.*; L. STORTONI, «L'incostituzionalità dei reati di opinione...», *op. cit.*; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*; D. PULITANÒ, «Libertà di manifestazione del pensiero...», *op. cit.*; F. MANTOVANI, «I reati di opinione», *op. cit.*, pp. 164-172; M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità...*, *op. cit.*, pp. 131-133; G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*; A. MANNA, «Fascismo (sanzioni contro)», *op. cit.*; G. GRASSO, «Genocidio», *op. cit.*; B. OLIVERO, «Apologia e istigazione (reati di)», *op. cit.*; L. VIOLANTE, «Istigazione (nozioni generali)», *op. cit.*; R. DOLCE, «Istigazione a delinquere», *op. cit.*; G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*; M. CESARE, «Sull'apologia e i reati...», *op. cit.*; G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*; A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.* pp. 726 y ss.; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.; T. PADOVANI, «Bene giuridico e delitti politici», *op. cit.*, p. 41; C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁵² *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3 y Cap. 4, epígrafe 1.1.1.

¹⁵⁵³ Como señala M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato...», *op. cit.*, epígrafe 5, aunque en otros países este tipo de discursos puedan resultar idóneos a determinar un peligro para la paz pública, no le parece que sea éste el caso de Italia, donde no se advierte la necesidad de una norma del género. A este respecto, véase también la posición del TEDH con respecto al negacionismo de otros genocidios distintos del Holocausto en STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek c. Suiza*, § 75.

¹⁵⁵⁴ *Vid. supra* Cap. 4, epígrafe 1.1.1.

Lo cierto es que, al final, sea por decisiones interpretativas (*rectius*, aditivas) de las cortes constitucionales, sea por la práctica de los tribunales ordinarios, en los ordenamientos que habían optado por configurar un delito de negacionismo sin «cualificar» las conductas típicas (presumiendo su desvalor ínsito en la propia acción de negar o justificar crímenes), se ha tenido que «enriquecer» la concepción de los mismos para evitar caer en un puro «delito formal»¹⁵⁵⁵. Esto ha llevado a que *en la práctica judicial se haya impuesto que para justificar el desvalor del acto - contenido de injusto-, haya que ir más allá de la constatación de que se ha producido la negación o la aprobación pública de un genocidio*, como literalmente prescriben los tipos penales. Se valora que, a la luz del contexto y por la forma y el contenido del discurso, el mismo o resulte idóneo para provocar a actos de hostilidad o tenga una virtualidad vejatoria. Una interpretación aditiva que va en detrimento de la determinación y taxatividad exigible a cualquier norma jurídica restrictiva de un derecho fundamental, y más aún si ésta es una ley penal; lo cual se añade a las críticas que en este sentido ya se habían hecho en el apartado anterior dada la amplitud de las acciones típicas. Como advirtiera el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU con respecto a la Ley Gayssot, si no se «cualifica» un tipo penal que proscribe un abanico tan amplio de conductas, existe un notable riesgo de que pudiera terminar castigando expresiones meritorias de protección constitucional¹⁵⁵⁶. Algo que parece incompatible con un concepto de democracia abierta¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁵ Este riesgo era ya temido en la tramitación parlamentaria de la Decisión marco europea como puso de manifiesto el COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR, *Informe sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, 14.11.2007, A6-0444/2007. *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 2.1.3.

¹⁵⁵⁶ En su Decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU al caso Faurisson (Communication nº 550/1993: France. 16/12/1996 – CCPR/C/58/550/1993) el propio comité advertía que la Ley Gayssot podían llevar a condenas incompatibles con el propio Pacto; un déficit de previsibilidad que también ha sido advertido por el TEDH al analizar el tipo penal suizo de negacionismo en la STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza, § 71. Sobre estas cuestiones, *cfr.* Cap. 3, epígrafe 3.

¹⁵⁵⁷ Muy contundente se muestra en este sentido MERLI a la hora de juzgar la incriminación sin cualificar de estas conductas: «È pur vero che la negazione (ma anche la minimizzazione) dell'Olocausto esprime una subdola forma di antisemitismo, attribuendo implicitamente agli ebrei la responsabilità di averne creato il "mito". Tuttavia la punizione del c.d. negazionismo, della semplice (cioè non qualificata) negazione di un fatto storico, non solo introduce una più incisiva limitazione della libertà di espressione (si incrimina, infatti, non una propaganda razzista, ma una semplice manifestazione di opinione che solo genericamente contiene in sé l'incitamento all'odio, alla violenza o ad atti arbitrari). Apre uno scenario normativo e politico molto lontano dalla logica della democrazia e di una "società aperta"» (*Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 47). O para BARGIACCHI «[p]unire il negazionista in mancanza di tale qualificazione significa, invece, punire la

3.3.2. Los discursos negacionistas y su carácter provocador (en sentido impropio). Crítica

La forma ofensiva cualificada por la que han optado la mayoría de los países que cuentan con un delito específico de negacionismo ha sido fundarlo precisamente en el efecto provocador que es atribuido a este género de discursos¹⁵⁵⁸. Ahora bien, tal efecto provocador se manifiesta en sentido impropio, ya que el discurso negacionista por su propia naturaleza no puede suponer más que una «incitación encubierta» (o indirecta). Es por ello que tratar de dar lectura al mismo como una forma de provocación exige, desde un *punto de vista objetivo*, la dificultad de tener que atender a elementos exógenos al propio discurso para poder fundar que un discurso que en principio no reviste «forma» de incitación, pueda sin embargo terminar suponiéndola¹⁵⁵⁹. Pero, en segundo lugar, desde un *punto de vista subjetivo*, se plantean igualmente dudas acerca del contenido que

libertà di pensare sulla base della presunzione che chi nega, per ciò solo, è un razzista» («Cenni sulle tendenze...», *op. cit.*, p. 79).

¹⁵⁵⁸ A este respecto, se puede tomar como referencia la configuración básica definida por la Decisión marco europea, que reclama el castigo de las acciones negacionistas «*quando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo*». También permite la Decisión marco cualificar aún más la conducta en este sentido, según la que hemos denominado «cláusula alemana» (*cfr.* también P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 149), requiriendo que las conductas «*se lleven a cabo de forma que pueda dar lugar a perturbaciones del orden público*». Y es que el ejemplo paradigmático de esta forma de configuración típica es Alemania, que en el delito de la «mentira de Auschwitz» incluido en su legislación en 1994 exige que las conductas negacionistas se den «de una forma adecuada para perturbar la paz pública» (art. 130.3 SGTB), como fue analizado *supra* Cap. 4, epígrafe 1.1.1. Los distintos países que optan por este modelo han sido mencionados en nota n. 1534 en este Cap. Con una crítica a la configuración de este delito según cláusulas de peligro por el carácter provocador del discurso negacionista, en especial *cfr.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.; y ÍD., «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.* apartado 4º y J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 700 y ss.

¹⁵⁵⁹ El *elemento objetivo* de la conducta de provocación se corresponde con las acciones típicas (negar, justificar, hacer apología... de los crímenes). Esto obliga a entender que se trata de una modalidad de provocación impropia o «indirecta», en el sentido de que el discurso no supone en sí mismo una provocación a la comisión de actos. Tal parece ser la diferencia con respecto a las conductas recogidas en la Decisión marco en la letra a) del mismo artículo 1º, las cuales refieren igualmente la «incitación pública», como he justificado en Cap. 3, epígrafe 2.2. Se da en cualquier caso la paradoja de que se entienda que «negar» un hecho pueda terminar constituyendo una «instigación» a cometerlo. Es por ello que entiendo que al final habrá que tener muy en cuenta circunstancias exógenas a la propia acción para poder concluir que tienen tal potencial instigador. No parece plantearse estos problemas D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 46, quien retóricamente se pregunta: «*ma quali altre parole dovrebbe prevedere il discorso negazionista perché si intraveda finalmente, in tale condotta, una "idoneità a fini istigatori del mezzo di diffusione utilizzato"? Sono davvero necessarie parole più esplicite (del tipo: uccidiamo gli ebrei ancora in circolazione)?*».

debe integrar el dolo (dolo genérico, dolo genérico instigatorio, dolo apologeta...) ¹⁵⁶⁰. Aunque el verdadero nudo gordiano se encuentra en definir entonces el «resultado lesivo temido», en relación con el bien jurídico, y la forma de constatar la idoneidad lesiva de la conducta (en un juicio de peligrosidad concreto, abstracto, presunto...).

Asimismo, como crítica general a los delitos de provocación como formas delictivas autónomas habría que recordar que en ellos no se castiga porque una persona haya desencadenado un «curso natural» que genere un peligro, sino que éste deriva de su capacidad de «sugestión» o de «corrupción» de otras personas que, «autónomamente», pueden terminar resolviéndose a cometer los delitos; lo que obliga a extender los criterios de imputación de la responsabilidad penal por el propio acto ¹⁵⁶¹. Nos encontramos, además, ante la sanción de conductas en las que

¹⁵⁶⁰ Por lo que hace al *elemento subjetivo*, si el injusto de la norma se funda en el peligro derivado de la provocación, el dolo debería entonces abarcar también el conocimiento y la voluntad de que otras personas cometan los actos lesivos temidos. Esto llevaría a entender que habría que «enriquecer» el dolo verificando no sólo que el sujeto activo quería negar o aprobar ciertos crímenes, sino con ello generar en otros un estímulo a provocar ciertos actos. Se trataría de lo que en doctrina es calificado como «dolo instigador» o, cuanto menos, de un «dolo apologetico». En una revisión comparada por los distintos tipos delictivos, las formulaciones típicas no aclaran a este respecto. En el caso español se ha visto en el Cap. 6 la disparidad de la jurisprudencia, aunque mayoritariamente parecía exigir únicamente el dolo genérico referido a la voluntad de difundir ideas con un cierto contenido, aunque algunos autores lo extienden hasta la voluntad incitadora. En doctrina, cfr. B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 210; o M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, p. 99. En Italia se han recogido las denuncias de la doctrina sobre los problemas que desde este punto de vista planteaba la configuración forzada como formas de instigación de tipos de naturaleza similar como el de difusión de ideas racistas (*vid. supra* Cap. 5, epígrafe 2). En particular cfr. L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 347 y ss., quien plantea el elemento subjetivo en los delitos de opinión como un ulterior factor selectivo de la punibilidad; o también en el sentido de optar por un dolo genérico enriquecido por el carácter instigatorio, G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 5. A nivel jurisprudencial puede verse Sent. Cass., sez. III; 13/12/2007, n. 13234; Sent. Cass., sez. I, 11/03/1975, n. 10804; Sent. Cass., sez. I, 17/11/1997.

¹⁵⁶¹ Esta es una de las críticas más importantes que se pueden hacer a este tipo de delitos de opinión que terminan por responsabilizar de las acciones de otros a quien «simplemente» dio a conocer sus «opiniones», ya que el peligro de lesión deriva precisamente de lo que otras personas en uso de su autonomía hagan. Así lo afirma VIVES ANTÓN: «no cabe imputar a los actos de expresión las consecuencias que de ellos deriven a causa de las acciones de otros realizadas en virtud de un proceso de deliberación racional y libre y que, por tanto, no cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que, eventualmente, puedan producir tales acciones» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 824). También, cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 702: «[i]mputar la decisión delictiva concreta a la “provocación” genérica implica la presunción de que los receptores del mensaje carecen de autonomía y madurez para decidir por sí mismos cómo reaccionar ante tales manifestaciones»; algo que a juicio del autor implicaría «una extensión desmesurada e inaceptable de los criterios de imputación de responsabilidad que desconoce de raíz la autonomía de la voluntad y la mayoría de edad de los ciudadanos a quienes, dicho de forma negativa, se considera “menores de edad” que no podrían

se adelanta el castigo sin que ni siquiera se haya iniciado el curso de un *iter criminis* y al castigar expresiones ideales comprometen el principio de la responsabilidad por el hecho con el riesgo de castigar meras actitudes internas del sujeto¹⁵⁶². Unas consideraciones que ya de por sí debieran llevar a cualquier legislador, por muy tozudo que fuera, a tratar de buscar otro contenido de injusto para el delito, en lugar de revitalizar «viejos» fantasmas, aunque sea revistiéndolos con «nuevas» sábanas¹⁵⁶³. Sin embargo, como se ha podido comprobar, no ha sido así, y se ha impuesto en Europa la tendencia de configurar este delito como una forma de incitación, lo que obliga a dibujar algunas notas críticas.

A tales efectos, para desgranar la estructura y el contenido de injusto de estos delitos creo importante distinguir tres niveles: primero, la conducta típica de

resistir sus impulsos criminales ante la invocación genérica a sumarse a una “actitud” hostil, discriminatoria, violenta o de eliminación genocida». Es por ello que opta por leer este delito en clave de otra posible justificación, como sería una situación social de «excepción». Véase también de este autor *La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, pp. 326 ss. En sentido similar, afirma FEIJOO SÁNCHEZ: «No se puede crear responsabilidad ilimitadas por desatar cualquier curso causal no improbable, sobre todo cuando media el comportamiento responsable de terceras personas» («Rescisión a *Die...*», *op. cit.*, p. 1203); a lo que añade que en estos delitos de clima «la única forma de fundamentar materialmente un injusto penal en estos casos sería entendiendo estas tipificaciones específicas como tipos de corrupción o protectoras de la infancia y la juventud [...]. El problema dogmático reside en que los tipos de corrupción son paternalistas por ello sólo son legítimos en referencia a quien todavía necesita de una protección paternalista» (*ibidem*, p. 1204).

¹⁵⁶² Según el principio de responsabilidad por el hecho, sólo se podrán castigar penalmente por hechos o actos, por conductas o comportamientos efectivamente cometidos por el ser humano, no pudiendo castigarse por cómo es el «autor», y, aunque en este tipo de delitos hay un «hecho» (cual es la manifestación de unas ciertas ideas abstractamente «peligrosas»), no es menos cierto que este acto se encuentra muy próximo a la pura expresión de una tendencia subjetiva. Sobre esta cuestión, *cfr.* especialmente V. GÓMEZ MARTÍN, «Discurso del odio...», *op. cit.*, pp. 111 y ss.

¹⁵⁶³ Todas estas problemáticas reproducen lo que la doctrina desde antiguo había venido denunciando con respecto al intento de dar una lectura como forma de incitación (aunque fuera indirecta) a la conducta de apología (u otros delitos como el de difusión de ideas racistas). Porque, por más que pueda entenderse como un avance el tratar de buscar un «fundamento» ofensivo a la figura de la apología como forma de provocación, para salvar así que la misma quedara como un puro «delito formal» por la difusión de ideas u opiniones a favor del genérico delito o de criminales, se trataba en cualquier caso de un «avance» insuficiente y muy problemático. Me sumo aquí a las críticas que en tal sentido ha realizado la mejor doctrina en Italia como en España: F. MANTOVANI, «I reati di opinione», *op. cit.*, pp. 164-172; G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 268, que denuncia su matriz anti-liberal; G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 300, que ve estos delitos irremediamente como formas de delitos de clima –en el mismo sentido ÍD., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 232-; E. FRONZA, «Brevi note sulla teoria della “istigazione indiretta”...», *op. cit.*, p. 312/1020, que no caben en una cultura democrática esta suerte de delitos de apología; o, como se vieron en el Cap. 6, *cfr.* B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 188; J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial...», *op. cit.*, p. 37; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General...*, *op. cit.*, p. 575; J. A. BELLOCH JULBE, «Libertad de expresión y violencia...», *op. cit.*, p. 53; T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 814 y ss.; y M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 101 y ss.

negación o justificación de crímenes en los términos del delito. Segundo, que tal conducta tenga «carácter» incitador o provocador, atendiendo a elementos contextuales y a la propia finalidad. Tercero, que tal provocación sea idónea a dar lugar al «resultado lesivo temido», ya fuera la comisión de actos delictivos o hostiles (algo que normalmente se proyectará en idoneidad para generar un clima de hostilidad), o bien sea la perturbación del orden público¹⁵⁶⁴. A mi juicio, para poder justificarse mínimamente su legitimidad, este «resultado lesivo temido» deberá ser la comisión de un acto ilícito (delictivo)¹⁵⁶⁵, pero no tiene que coincidir con el delito negado o justificado¹⁵⁶⁶. Por su parte, la peligrosidad puede a su vez presentarse por la creación de un resultado peligroso (peligro concreto) o por la idoneidad peligrosa de la acción¹⁵⁶⁷. Otra cuestión a valorar en todo juicio de

¹⁵⁶⁴ En cuanto al «resultado lesivo temido» la prescripción base de la Decisión marco apunta a la idoneidad para que se den actos de «violencia» o de «odio» contra un grupo o sus miembros como consecuencia de la incitación. Se trataría por tanto de prevenir «actos de hostilidad» en sentido genérico. Otra posibilidad es plantear que el «resultado lesivo temido» fuera una «perturbación» del orden público. Aunque los supuestos son parecidos, hay importantes diferencias. En el primero de los casos «lo temido», que se den actos de hostilidad, pudiera plantearse como un adelantamiento de la barrera punitiva a la lesión de bienes jurídicos individuales. El bien jurídico de las conductas así entendidas podría situarse en el derecho de no discriminación y en la dignidad humana, con independencia que se enfatice la dimensión colectiva, o incluso en los concretos bienes que se pudieran lesionar por los actos de discriminación o violencia. Por su parte, en el segundo de los casos, «lo temido» es directamente una alteración de un bien jurídico supraindividual como es el orden público. De manera que si la temida «perturbación» puede considerarse lesiva del orden público como bien supraindividual, sin embargo sólo indirectamente puede ser ofensiva para bienes individuales. En cualquier caso, es cierto que también en el primer caso, aunque el resultado lesivo temido pueda ser un singular acto de violencia, discriminación u odio, el juicio de peligrosidad se termina proyectando sobre un «clima de hostilidad», al modo de una perturbación para la tranquilidad pública.

¹⁵⁶⁵ Por mi parte, advierto que la peligrosidad debería referirse a «actos delictivos» en la medida que, al tratarse del castigo penal de una forma de provocación, entiendo que éste sólo pueda darse cuando el acto al que se provoque tenga relevancia para ser en sí mismo delictivo. Por lo que no deben admitirse genéricos «daños» como pueden ser actos de «odio» o un indefinido «clima de hostilidad», como se explicará con más detenimiento a continuación. En tal sentido, entre otros muchos, vid. M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 421; J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 704 y ss.; M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, p. 112; J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENET, «Artículo 18», *op. cit.*, p. 917; y M. POLAINO NAVARRETE, «Artículos 17 y 18», *op. cit.*, p. 970.

¹⁵⁶⁶ Por ejemplo, se puede negar el genocidio del Holocausto y con ello provocar a que se cometan actos de violencia contra los judíos, que es un delito distinto del que se ha negado.

¹⁵⁶⁷ Como he señalado creo que básicamente podrían plantearse dos opciones: a) *Configurar un delito de peligro concreto*, en el que se exigiera la verificación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro) como consecuencia de la conducta negacionista. Supondría tanto como añadir una coletilla del estilo: «cuando las conductas inciten a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo generando una situación de peligro [de comisión de actos de hostilidad/clima de hostilidad/perturbación del orden público]». Esta «situación de peligro» es distinta de aquello que sería el «resultado lesivo temido» (actos/clima de hostilidad o perturbación del orden público). Sin

peligrosidad sería el «grado de probabilidad» y la «inmediatez»¹⁵⁶⁸ exigidos para fundar el reproche. Estos elementos son de particular importancia para definir el juicio de peligrosidad concreta, pero también creo que pueden tener relevancia en el resto de los casos¹⁵⁶⁹. Por tanto, la labor de los jueces se debería concentrar en

embargo, nada de ello se recoge en la Decisión marco, aunque ésta parece haber sido la opción seguida por Bulgaria. b) *Configurar un delito por la idoneidad peligrosa de la acción*, en el que se verifique *la idoneidad ex ante de la conducta (peligrosidad de la acción)* para poder poner en peligro el bien jurídico, es decir, para que se pudiera dar el «resultado temido» (actos/clima de hostilidad o perturbación del orden público). En este caso no habría que comprobar si la conducta típica produjo algún tipo de «resultado peligroso». Para que la conducta pueda ser considerada típica, tal idoneidad *ex ante* puede a su vez ser leída de dos formas: 1) puede ser presumida *iuris tantum* a partir de las conductas negacionistas que resulten incitadoras, debiéndose verificar únicamente la capacidad sugestiva de la acción; 2) o se puede plantear la exigencia de que en el proceso judicial se acredite que la conducta negacionista, además de tener una virtualidad provocadora, tenía una fuerza tal de poder dar lugar a la verificación del «resultado lesivo temido». Es decir, se debería poder valorar la idoneidad *ex ante* de la provocación para producir el resultado lesivo temido (actos o clima de hostilidad o alteración del orden público). En el primero de los casos el delito se configuraría como un tipo de la familia de los delitos de peligro abstracto-presunto, pero permitiendo romper la presunción de ofensividad ante casos de absoluta inidoneidad ofensiva y con la particularidad de que en el propio precepto se recoge al menos expresamente la cualificación ofensiva; y, en el segundo de los supuestos, tendríamos una suerte de delito de «peligro hipotético» o «potencial». Que el propio tipo penal recoja la referencia a la idoneidad lesiva de la conducta parece descartar que el juicio de peligrosidad pueda presumirse *iuris et de iure* de la propia conducta.

¹⁵⁶⁸ Entiendo que para valorar la antijuridicidad material en este tipo de conductas también es interesante atender, no sólo al grado de probabilidad, sino también a la «inmediatez». En mi opinión, al tratarse de juicios de probabilidad sobre la base de cursos causales de índole socio-política, el «grado de probabilidad» debe reforzarse con una exigencia de «inmediatez» o de cercanía temporal del resultado lesivo que se teme. Por ejemplo, si nos encontramos con el peligro de que se dañe el medioambiente como consecuencia de unos vertidos, la inmediatez del daño puede ser un elemento muy relativo, ya que en principio la peligrosidad podrá valorarse sobre la base de elementos de juicio científicos para los que importa poco la cercanía temporal del daño. Pudiera considerarse, siguiendo con el ejemplo, que el vertido hecho hoy día va a provocar un daño al medioambiente constatable (según un alto nivel probabilístico) en diez años vista. Esto no ocurre con acontecimientos socio-políticos, en los que formular el juicio probabilístico es harto difícil, por lo que al menos la cercanía o inmediatez del resultado lesivo ayuda a precluir el enjuiciamiento. A este respecto puede ser interesante revisar la doctrina del «*clear and present danger*» norteamericana y en particular la sentencia *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444, 1969 (vid. *supra* Cap. 4, epígrafe 3.1).

¹⁵⁶⁹ De manera que, aunque la peligrosidad se presuma *iuris tantum* en la propia conducta típica, para poder romper tal presunción habrá que apreciar el grado de probabilidad o la inmediatez fundante del juicio de peligrosidad. Así, podría romperse tal presunción si la acción realizada no permitiera concluir que ha generado una «probabilidad» suficiente o una «inmediatez» para que se verifique el «resultado lesivo temido». Tanto de lo mismo si se entiende como un juicio de peligro hipotético. Y, por supuesto, en el caso de que lo que se exija sea un resultado de peligro concreto. Sobre todo porque en este último caso el resultado exigido es más una «valoración» sobre condiciones posteriores a la realización de la conducta, que un «resultado» en sentido naturalístico propiamente.

estimar si la realización de la conducta comporta una cierta «probabilidad» (e inmediatez) para la lesión del bien jurídico.

A. *Rechazo de la formulación como «delito de clima» o perturbador del «orden público» por la peligrosidad (potencial) de la conducta*

En tanto que forma de provocación es recurrente, particularmente por influencia alemana, que el delito de negacionismo se formule como una conducta reprochada por su idoneidad perturbadora del «orden público» o de la «paz pública» o como una suerte de «delito de clima». Ahora bien, dentro de estas genéricas categorías me refiero en concreto a los tipos penales en los que específicamente el propio precepto recoge la exigencia de que se verifique que la conducta ha resultado idónea para que se produzca el «resultado lesivo temido»¹⁵⁷⁰, algo que a mi juicio lleva a que tal idoneidad ofensiva no pueda quedar «en todo caso» presumida en la conducta¹⁵⁷¹. No se trata de una peligrosidad concreta, pero tampoco se llega al extremo de la peligrosidad presunta –cuyo fundamento fue descartado en el apartado anterior–, sino de una

¹⁵⁷⁰ En este sentido creo que debe ser leída la Decisión marco que prescribe que las acciones típicas «puedan dar lugar a perturbaciones» o el tipo alemán recoge que han de ser «adecuadas para perturbar». En Alemania, como se ha estudiado, la doctrina y jurisprudencia han interpretado el delito de negacionismo como una figura de peligro abstracto aunque sí que se valore la idoneidad ofensiva (*ex ante*) de la misma. Estas conclusiones son también extrapolables a algunas de las interpretaciones manipulativas que, sin llegar a la exigencia de un peligro concreto, sí que requieren que los jueces verifiquen una idoneidad ofensiva de la conducta. Así, en España, según se vio en el Cap. 6, la mayoría de la doctrina había interpretado el delito de negacionismo, incluso después de la sentencia del Tribunal Constitucional español, como un delito de peligro abstracto que permitía prueba a contrario de la inidoneidad de la conducta, pero el Tribunal Supremo lo ha configurado como un delito de peligro hipotético (STS 259/2011, de 12 de abril).

¹⁵⁷¹ A mi entender, en aquellos casos en los que la conducta típica va «enriquecida» con la exigencia de una idoneidad lesiva (así, la perturbación del orden público o la generación de un cierto clima), tal idoneidad ya no se fija por el legislador como una consecuencia necesaria de la realización de la conducta. Es por ello que creo que, aunque sea tratada como una «peligrosidad de la acción» que no exige un resultado, ésta deberá entenderse como una peligrosidad de la acción *iuris tantum* o como un peligro hipotético o potencial, pero no como una presunción *iuris et de iure*. Muy interesante a este respecto es también la relectura a partir del resultado en los delitos de peligro abstracto de VARGAS PINTO, quien plantea que «se fundamenta en la idea de pérdida de control o dominio por la realización de una conducta concretamente peligrosa de quien tenía el deber de controlarla». En este sentido, el «estado de peligro abstracto» se determina como creación de una «situación de incontabilidad» que la norma busca reprimir y evitar» (*Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 438).

aptitud potencial para lesionar el bien jurídico¹⁵⁷². Una construcción típica que sigue presentando importantes problemas que la hacen difícilmente aceptable a nivel constitucional.

En primer lugar, nos encontramos con que la ofensividad de las conductas va cargar el peso del desvalor sobre la acción, lo cual ya supone un adelanto del juicio de ofensividad. No es que se castigue por un «resultado lesivo» sino por una acción que se considera idónea para lesionar. Pero, tal idoneidad deriva del desencadenamiento de un curso causal psicológico que puede llevar, por la acción material de otros, a la lesión del bien jurídico, lo que, como se ha dicho, aleja el juicio del principio de responsabilidad personal que debe regir cualquier castigo penal, y, además, el enjuiciamiento de tal idoneidad «potencial» no podrá sustentarse en una base empírica de orden material o natural, sino socio-política, difícilmente delimitable por el legislador *a priori*¹⁵⁷³. Siguiendo a JAKOBS se puede entender que se hace responder al autor de las manifestaciones «de una consecuencia *sui generis* del hecho, concretamente de haber creado un “clima” espiritual en el que podría proliferar la realización de hechos consecutivos y éstos, es decir, las infracciones de las normas principales, producirían entonces privaciones coactivas de derechos»¹⁵⁷⁴. A lo que añadir, a mayor abundamiento, que está en juego el potencial ejercicio de una libertad fundamental¹⁵⁷⁵. De ahí que importante doctrina hayan cuestionado en general el recurso a fórmulas de peligro abstracto o presunto en los delitos de opinión, aunque se admita romper la presunción de peligrosidad¹⁵⁷⁶. Una crítica que creo extensible a los delitos de

¹⁵⁷² En este sentido puede tomar como referencia de la forma de peligrosidad a la que aquí nos referimos, la lectura que ha hecho del juicio de peligrosidad de este delito el Tribunal Supremo, que exigía para castigar la conducta que las conductas negacionistas generaran «un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante»; y continuaba, «[n]o se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege» (STS 259/2011, de 12 de abril, FJ. 1.8º). También VARGAS PINTO se refiere a «la concurrencia de un peligro real al bien tutelado» que no debe ser malinterpretada como la peligrosidad concreta de la conducta o como puesta en peligro concreto (*Delitos de peligro abstracto...*, *op. cit.*, p. 438).

¹⁵⁷³ Así se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, al referir cómo el legislador en realidad tipifica la conducta de forma «desnuda» y, como mucho, recoge la exigencia genérica de «idoneidad» para perturbar el orden público aunque sin definir qué criterios permiten valorar o considerar tal potencialidad.

¹⁵⁷⁴ G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 319.

¹⁵⁷⁵ Como expresa JAKOBS al castigar este género de conductas se está exigiendo al ciudadano un «sacrificio especial» de su propio derecho («Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 321); en este caso, además, se requiere el sacrificio de una libertad fundamental.

¹⁵⁷⁶ En este sentido, no admiten la peligrosidad abstracta cuando está en juego la libertad de expresión, por ejemplo, S. VINCIGUERRA, «Fascismo: sanzioni contro il fascismo», *op. cit.*, p. 922; A.

peligro potencial o hipotético en los que se castiga por la verificación de la idoneidad ofensiva de la acción¹⁵⁷⁷, sin importar si efectivamente se ha generado el peligro en concreto¹⁵⁷⁸. Al final se terminaría por castigar aquellos discursos que «*puvieran sonar*» como una instigación susceptible de que se cree un «clima» de odio o violencia entre un público mínimamente receptivo, pero sin una verificación de que *efectivamente* se hubiera creado ese peligro¹⁵⁷⁹ o, ni siquiera, de la virtualidad amenazante o coactiva del discurso¹⁵⁸⁰.

Pero, además, en segundo lugar, otro problema de estos delitos deriva de la selección del propio bien jurídico. En un delito concebido de esta forma el «resultado lesivo temido» es la probable perturbación social o la generación de un «clima de hostilidad», por lo que el bien jurídico se sitúa necesariamente en la protección de bienes supraindividuales de contenido difuso y difícilmente aprehensibles, como serían el «orden público», la «paz pública», la «dignidad humana» en sentido supraindividual, o ese genérico «clima o atmósfera de tranquilidad pública», los cuales resultarían incompatibles con la libertad de expresión, como se ha sostenido en el presente trabajo¹⁵⁸¹. Estos bienes, dada su indeterminación, terminan desvirtuando el necesario fundamento ofensivo de todo

PAGE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 227; S. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios...*, *op. cit., passim*; D. PULITANÒ, «Sulla legittimità dei reati d'opione...», *op. cit.*, p. 373, que reclama un peligro en cierta medida concreto; o, más en general, S. CANESTRARI, «Reato di pericolo», *op. cit.*, p. 8. En particular referidos a la configuración del delito de negacionismo como un delito de clima o de peligro abstracto, vid. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 700; M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1142; y B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272. Se ha visto cómo FRONZA consideraba que la exigencia de peligrosidad para la perturbación de la paz pública que recoge el tipo penal alemán de negacionismo no parece alejar el riesgo de incriminación de puras opiniones («Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 40; en sentido similar, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 34). Más en general puede verse la crítica realizada por PERIS RIERA a la configuración de delitos de peligro abstracto o potencial, referido a la manipulación genética pero con ideas extrapolables a nuestro objeto de estudio, en *La regulación penal...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

¹⁵⁷⁷ Así es como se ha dicho que lo ha interpretado el Tribunal Supremo español en su sentencia STS 259/2011, de 12 de abril y la jurisprudencia alemana también viene exigiendo una cierta «entidad» de las conductas para justificar su idoneidad ofensiva de la paz pública (en particular puede verse la sentencia de 12 de diciembre de 2000 del *Bundesgerichtshof*).

¹⁵⁷⁸ A este respecto muy contundente se ha mostrado M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 109 y ss., exigiendo para una lectura constitucionalizada de la apología que se dé una aptitud real y no meramente potencial e indeterminada

¹⁵⁷⁹ Se ha criticado por ejemplo la ligereza con lo que lo había entendido la Corte de Cassazione italiana que, como advertía G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*, p. 40, en ocasiones había reducido este juicio de «idoneidad» a constatar que el discurso pudiera «suonare come una vera apologia di delitto alle orecchie di chi le recepi». *Vid. supra* Cap. 5, epígrafe 2.1.

¹⁵⁸⁰ *Cfr.* G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, pp. 313 y ss.

¹⁵⁸¹ *Vid. supra* epígrafe 2.2.2 en este Cap.

delito¹⁵⁸² e incurrir en un encadenamiento de adelantos de la barrera punitiva¹⁵⁸³. Y muy lejos queda la posibilidad de situar el bien jurídico en bienes de índole personal, ya que, si el resultado lesivo que se pretende evitar son precisamente perturbaciones sociales, éstas sólo indirectamente podrán dar lugar a la efectiva lesión de bienes individuales. Sería tanto como entender que las conductas idóneas para producir alteraciones de la paz pública o climas de hostilidad lo que están castigando no es la efectiva ruptura del orden público o de la paz pública, sino un peligro indirecto de lesión de bienes jurídicos individuales consecuencia de los concretos actos que derivaran de la perturbación.

Al final en estos delitos, como reconociera G. JAKOBS para los tipos que castigan la recompensa o la aprobación del delito, su injusto descansa «o bien en la necesidad de una pena de sospecha o bien en la confusión de la manifestación de una opinión hostil hacia el bien jurídico con un quebrantamiento del Derecho. En cualquiera de los casos, el fundamento no resiste en un régimen de libertades»¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸² Siguiendo a E. FRONZA, «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» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 134). 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» (*ibidem*, p. 136).

¹⁵⁸³ Como expresa S. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios...*, *op. cit.*, 151, el recurso a delitos de peligro abstracto «genera una doble anticipación de la barrera de punición».

¹⁵⁸⁴ G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 320. Como expresa este autor estas normas de protección de un clima «sólo pueden tener consecuencias nocivas si alguien se deja impresionar por ellas; pero la cuestión de si es éste el caso constituye en principio, es decir, excepción hecha de niños u otras personas que se encuentren en una situación de inferioridad, un asunto propio de cada uno, puesto que no se ha empleado ningún medio coactivo» (*ibidem*, p. 319). De manera que este género de delitos habrán de ser criticados «en la medida en que estos delitos no sirvan a la protección de la juventud o no tengan un componente de injusto de intimidación [...] o en la medida en que no sean simples desgloses de otros delitos, lo que ciertamente sucede en parte» (*ibidem*, p. 321). O siempre y cuando no se justifiquen de forma transitoria como consecuencia de una crisis de legitimación: «La justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, con tiempos de crisis de legitimación, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento» (*ibidem*, p. 321). Porque, al final, «[l]a prohibición de la recompensa y de la aprobación es una prohibición de articular una falta de respeto al ordenamiento jurídico. Una prohibición semejante oprime la articulación de la realidad, tan pronto –con buenas o malas razones– se falte realmente al respeto del ordenamiento jurídico» (*ibidem*, p. 319).

B. Preferibile tipificación como forma de provocación cuando se genere un peligro «cierto» e «inminente» de comisión de actos de discriminación o violencia delictivos contra un grupo social o sus miembros

En la línea de fundar la ofensividad del delito de negacionismo por la peligrosidad derivada de su «eficacia provocadora», una mejor opción parecería aquella de configurar este delito como una figura de peligro concreto, evitando así cargar la ofensividad en la mera conducta. Sin embargo, entre los distintos países que cuentan con un específico delito de negacionismo sólo Bulgaria parece haber optado por esta forma de peligro¹⁵⁸⁵; y es que, en realidad, tampoco esta fórmula está exenta de problemas¹⁵⁸⁶.

De querer configurar esta figura como una forma de provocación por su peligrosidad concreta habría que descartar que la misma se justificara en protección de bienes supraindividuales ideales (o inmateriales) por las razones ya aducidas. Como mucho, pudiera plantearse un delito de peligro concreto para el orden público o la paz pública pero definidas en sentido material¹⁵⁸⁷. Sin embargo, además de las críticas de índole constitucional ya hechas a estos bienes como límites a la libertad de expresión, notable doctrina ha puesto de manifiesto que tampoco un juicio de peligrosidad concreta lograría circunscribir suficientemente la figura, ya que, dado el carácter difuso y marcadamente político del bien jurídico (y en consecuencia del «resultado lesivo temido»), el resultado peligroso debería referirse a resultados macrolesivos, circunscritos sobre la base de elementos de índole sociopolítica, incapaces de circunscribir el hecho punible¹⁵⁸⁸. En un intento

¹⁵⁸⁵ Recordar nuevamente que Bulgaria sanciona las conductas negacionistas pero sólo cuando con las mismas se cree («*thereby creates*») un peligro de violencia u odio contra un grupo definido por raza, color...». De esta manera se construye un delito de peligro concreto que exige verificar más allá de la conducta típica la creación efectiva de una situación de peligro contra tales grupos o sus miembros.

¹⁵⁸⁶ En este sentido señala E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 138 y ss., que formular estos delitos según un juicio de peligro concreto resultaría difícil «a causa della natura stessa del reato di negazionismo, allontanare i dubbi sul carattere subiettivo della fattispecie ed i rischi di una applicazione giurisprudenziale differenziata» (*ibidem*, p. 142).

¹⁵⁸⁷ Vid. supra epígrafe 2.2.2 en este Cap. y epígrafe 2.1 en Cap. 5.

¹⁵⁸⁸ En particular sobre el delito de negacionismo así lo afirma FRONZA: «Tuttavia, può essere molto difficile fornire la prova del pericolo concreto dinanzi ai proclami negazionisti. A tale difficoltà si aggiunge anche che lo strumento penale non si presta ad essere applicato ad una materia magmatica come quella cui può essere ricondotto il fenomeno del negacionismo, ovvero alla distinzione tra pensiero e azione» (*Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 144). También MERLI reconoce la dificultad de verificar un juicio de peligrosidad concreta para este tipo de delitos en los que el resultado lesivo temido «sono spesso evento di natura politico istituzionale (evento macrolesivi), in relazione ai quali, peraltro, sembra difficile poter esprimere un giudizio di idoneità della condotta, se l'autore è un soggetto individuale che non rivesta posizioni di potere all'interno

de superar estas objeciones podría plantear que el bien jurídico fuera el «derecho a no ser discriminado», en relación con la «dignidad humana», como síntesis de los distintos bienes individuales que se pudieran ver lesionados en el caso de que tuvieran lugar actos de violencia, odio o discriminación. Sin embargo, como se ha mantenido en este trabajo, tampoco esta opción es admisible constitucionalmente, al tratarse de bienes colectivos con contenido igualmente difuso y que terminan abocando a la prevención de un genérico clima de hostilidad. De manera que, de quererse explorar esta vía ofensiva y siguiendo la propuesta que realicé de bien jurídico en relación con la proscripción de la provocación al delito, lo más adecuado pudiera resultar vincular el bien jurídico de estas conductas al bien lesionado en caso de que efectivamente se realizaran los actos a los que se provoca.

Así las cosas, para construir un delito de negacionismo como tipo de peligro concreto propongo que el «resultado lesivo temido» sea siempre la realización de un hecho delictivo¹⁵⁸⁹, actos de violencia o de discriminación pero con entidad suficiente como para poder constituir por sí mismos delitos, siendo entonces el bien jurídico protegido el mismo que el de los delitos a los que se provoca. Además, para enmarcar aún más el tipo delictivo se podrían delimitar aquellos delitos cuya provocación se quiere evitar¹⁵⁹⁰. Asimismo, tal y como se ha propuesto al describir las acciones típicas, podría incluirse la referencia a que tal peligro venga generado contra un grupo social o sus miembros definidos por sus características de raza, color, religión, u otra condición.

degli apparati istituzionali. In altri casi, si tratta di evento che richiedono una valutazione di carattere storico, sociológico e politico [...] con tutte le incertezze connaturate a questo tipo di giudizio (*Democrazia e diritto penale...*, op. cit., p. 37). O, en general sobre los delitos de opinión políticos, M. PELISSERO, *Reato político e flessibilità...*, op. cit., pp. 334 y ss., quien advierte «[l]e difficoltà di accertamento qui evidenziate si traducono, sul piano della determinatezza della fattispecie, nella incapacità del requisito della idoneità e del pericolo concreto a circoscrivere il fatto punibile in termini sufficientemente certi» (*ibidem*, p. 342); o C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, op. cit., p. 247, para quien «l'accertamento di una concreta esposizione a pericolo diventa molto più incerta, sfuggente, se non aleatoria, in tutti i casi nei quali il bene giuridico di riferimento ha una connotazione prettamente normativo-ideale, ovvero ha un carattere sovraindividuale ad ampio spettro». Vid. *supra* Cap. 5, epígrafe 2.1.

¹⁵⁸⁹ A este respecto, como se ha venido indicando, aunque se admita privar de protección constitucional a expresiones provocadores a actos ilícitos no delictivos, cuando el castigo a tal exceso se produce en sede penal entonces sí que será necesario que el acto provocado sea constitutivo de delito.

¹⁵⁹⁰ Así, por ejemplo, en el Código penal español al castigar las amenazas en su art. 169 circunscribe el tipo a la amenaza de males constitutivos de ciertos delitos: «*El que amenazar a otro con causarle [...] un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico*».

También resultaría necesario perfilar los elementos propios del juicio de peligrosidad. A este respecto, en primer lugar, se ha dicho que se trataría de un delito de peligro concreto, por lo que la conducta deberá dar lugar a un «resultado de peligro». Es en este «resultado de peligro» donde, como se ha adelantado, quiebran las interpretaciones en clave de peligrosidad concreta al dejar demasiado espacio de arbitrio al juez¹⁵⁹¹. Para definir estos extremos, pudiera plantearse que el «clima de hostilidad» pasara a ser el «resultado de peligro» previsto por la norma, el cual (probablemente) degeneraría en los actos de violencia o de discriminación delictivos («resultado lesivo temido»)¹⁵⁹². Al juez, en la aplicación del tipo penal, le correspondería entonces verificar que con la conducta se haya generado (efectivamente) un «clima de hostilidad» hacia tales grupos o sus miembros. El problema sigue siendo que la apreciación de tal «clima de hostilidad» resulta un tanto vaga y que la conexión causal con la (probable) comisión de actos delictivos sería también difusa. Se hace por tanto necesario «revestir» algo más ese «resultado peligroso». Y a estos efectos, dada la imposibilidad de poder recoger en abstracto situaciones de hecho que permitan concretar los elementos configuradores de la situación peligrosa¹⁵⁹³ (es decir, del «clima de hostilidad»),

¹⁵⁹¹ En este caso al final el juez termina teniendo que realizar valoraciones socio-políticas que se traducen en una notable arbitrariedad judicial, que se añade al déficit de taxatividad derivado de que el legislador se confíe en los jueces en puesto de ser el mismo quien sea capaz de regular en abstracto la ofensividad de la conducta. A este respecto, *cfr.* C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, *op. cit.*, p. 247; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 161; (M. CESARE, «Sull'apologia e i reati...», *op. cit.*, p. 1717; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, p. 262; G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 262; A. PERDUCA, «Disposizioni penali sul fascismo», *op. cit.*, p. 4; M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità...*, *op. cit.*, pp. 341 y ss.; G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 299; E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, s.p.

¹⁵⁹² Repito de nuevo con literalidad la afirmación del Tribunal Constitucional español en su sentencia 235/2007, porque reúne todos los elementos para justificar la formulación como juicio de peligrosidad concreta. Entendía el Tribunal Constitucional español que la sanción penal del discurso negacionista podía estar justificada cuando supusiera una «*provocación al odio hacia determinados en grupos* definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente *peligro cierto de generar un clima de violencia* y hostilidad que *puede concretarse en actos específicos de discriminación*» (STC 235/2007, FJ. 9º) –cursivas mías-. Pues bien, para configurarlo como un delito de peligro concreto bastaría con afirmar entonces que la conducta negacionista debe suponer una provocación al odio hacia determinados grupos, de manera tal para generar un clima de hostilidad que represente un peligro cierto para que se concreten actos específicos de discriminación (delictivos).

¹⁵⁹³ Para realizar este juicio de peligrosidad concreta se deberá atender a «*determinate situazioni e condizioni di fatto, a cui si connette un immediato pericolo [circostanze di tempo e di luogo, modalità concrete e tecniche, mezzi e modi, della manifestazione del pensiero]*» (C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 111-112). En este sentido, *cfr.* E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, s. p., quien recoge toda una serie de elementos a tener en cuenta en una valoración de la peligrosidad concreta de este tipo de conductas (tipo de expresión, medio, público al que se destina,

probablemente la mejor opción pase por perfilar el grado de peligrosidad y la inmediatez¹⁵⁹⁴. En tal sentido, podría exigirse que se debiera generar un peligro «cierto» e «inminente» para la comisión de tales actos delictivos, quedando de esta forma reforzada la relación de peligrosidad y restringiendo legislativamente, en aras de la mayor determinación del tipo penal, la discrecionalidad valorativa del juez¹⁵⁹⁵.

El dolo del delito así configurado debería abarcar el ánimo de incitar a que se cometan tales actos. Si el desvalor va a recaer en el efecto provocador, al menos se ha de exigir que el autor sea consciente y quiera incitar a otros para que cometan tales actos delictivos. Ahora bien, en la medida en la que la conducta típica no supone una acción propiamente «incitadora», puede ser necesario enfatizar en el propio tipo penal el ánimo provocador como parte integrante del dolo.

Como he dicho anteriormente, no creo que fuera conveniente incorporar como elemento restrictivo del ámbito punitivo la exigencia de determinación judicial de los crímenes negados, por las razones críticas que se han sostenido. Sí que parecería adecuado exigir que las conductas resulten «públicas» (o por lo menos difundidas entre una pluralidad de personas), al tratarse de un elemento característico del castigo de cualquier forma de instigación o provocación que viene a reforzar la peligrosidad de la conducta.

En cuanto a las penas, a pesar de que se trate de una figura «autónoma», habría que modular la penalidad del delito negacionista para adecuarla como una

etc.); y los elementos que propone J. M. LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 342; o la relectura ofrecida por L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 194 y ss.

¹⁵⁹⁴ En realidad, siguiendo a F. MANTOVANI, se puede entender que de esta manera se está superando la «esencia» del juicio de peligrosidad propia de una concepción de «peligro-resultado», como *situación de incerteza* entre el verificarse y el no verificarse de un resultado, existente naturalísticamente, causalmente provocado y verificado *ex post* sobre la base de leyes causales; acercándonos a una concepción del «peligro-juicio», basada en la relación probable entre un hecho y un resultado lesivo, de forma que podría hablarse de peligro cuando, según un juicio *ex ante* y según la mejor ciencia y experiencia, parece probable que de la conducta se produzca un resultado lesivo. Siendo entonces el peligro la probabilidad de que se verifique el resultado lesivo (*Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 203).

¹⁵⁹⁵ A este respecto véase en particular B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a *Die...*», *op. cit.*, p. 1196, quien comenta la propuesta de WANDRES dirigida a reinterpretar el delito de negacionismo como una suerte de delito de clima contra la paz pública pero de peligro concreto, estableciendo como criterio para poder realizar el pronóstico de peligro cuando «se crea una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos personales de un número indeterminado de individuos en la que hipotéticamente un funcionario de policía estaría obligado a intervenir si estuviera presente». Otros autores que han realizado interesantes propuestas superadoras han sido en particular G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 295 y ss., y en ÍD., *Tutela penale dell'ordine pubblico, op. cit., passim*; y L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

forma *sui generis* de provocación que se relacionaría con el fundamento de los actos preparatorios. A este respecto, creo que se podría establecer un marco penal amplio (pena de prisión de hasta 3 años) y/o multa, para que el juez pudiera modularla en función del delito al que se haya provocado y la peligrosidad creada¹⁵⁹⁶.

Así las cosas, el tipo podría quedar redactado de la siguiente forma¹⁵⁹⁷:

*«Cualquiera que **públicamente** niegue, trivialice groseramente o justifique¹⁵⁹⁸ el genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la paz o la humanidad, generando **intencionadamente** [un clima de hostilidad que represente]¹⁵⁹⁹ un **peligro cierto e inmediato** de que se comentan **actos delictivos de violencia o discriminación** [tipificados en los Artículos x] **contra un grupo definido** por su raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico, o contra alguno de sus miembros, será castigado con la pena de prisión de hasta tres 3 años y/o multa».*

Para el caso que el legislador mantenga la voluntad de fundar el injusto del delito de negacionismo sobre su efecto provocador, ésta resulta en mi opinión la mejor de las interpretaciones posibles, tanto desde un punto de vista constitucional como desde una perspectiva de garantismo penal. Sin embargo, como he comenzado diciendo, también a esta lectura creo que sea aplicable la crítica derivada de la dificultad de configurar como una forma de provocación aquello que en realidad no lo es. Y si la apología de un delito es problemática leerla como forma de provocación, más aún para conductas que no llegan ni al grado de la apología (negar, banalizar, aprobar o justificar ciertos hechos). Se ha tratado de realizar un esfuerzo a la hora de resolver la cuestión del dolo y los problemas del elemento objetivo por tratarse de una incitación encubierta, los cuales podrían

¹⁵⁹⁶ En este delito como figura «autónoma» no sería posible vincular la pena directamente a la de los delitos provocados ya que pueden ser muy diversos (desde actos de violencia racial en los que estaría en juego la integridad física a actos de discriminación prohibidos penalmente). En España se podría tomar como referencia el delito de provocación al odio, a la violencia o a la discriminación del art. 510.1 Cp., el cual impone una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

¹⁵⁹⁷ Se ha indicado anteriormente como el delito recogido en el Código penal búlgaro vendría a configurar el delito de negacionismo en este sentido (*vid. supra* Cap. 4, epígrafe 1.6.10)

¹⁵⁹⁸ Aunque podría añadirse la «apología» para respetar lo dispuesto por la Decisión marco, sin embargo, he preferido rehuir este término para evitar confusiones en casos en los que, como ocurre con el Código penal español, el término apología tiene una definición en sede penal específica.

¹⁵⁹⁹ La referencia al «clima de hostilidad» podría ser perfectamente prescindible ya que al final la esencia del juicio se centra en la valoración de la inmediatez y certeza de la (probable) verificación del «resultado lesivo».

quedar salvados al poner el acento sobre el juicio de peligrosidad concreta en el que se deberán considerar todos los elementos que permitan valorar tal probabilidad de que de manera «cierta» (o efectiva) e «inminente» se produzcan los actos de discriminación o violencia delictivos. No obstante, se sigue buceando en la delicada frontera del castigo de actos preparatorios reconvertidos a formas autónomas o como una suerte de delito de vilipendio¹⁶⁰⁰, cuyo castigo entraría además en concurso (aparente) de leyes en los casos en los que estuviera previsto el castigo de la provocación a los correspondientes delitos¹⁶⁰¹. Todo ello obligando a que tengan que ser al final los jueces los que asuman una difícil valoración de circunstancias contextuales para verificar la idoneidad lesiva de las conductas, en lo que supone una fuga del propio legislador de su deber de perfilar el contenido ofensivo de una conducta¹⁶⁰². Además, así entendido gracias a este intento de lectura garantista, al final veo difícil que el tipo penal terminara aplicándose. ¿Cuándo en nuestras sociedades un sibilino discurso negacionista va a generar tal peligro inminente de que se delinca?¹⁶⁰³ Es por ello que trataré de agotar las últimas opciones interpretativas, terminando con aquella que a mi juicio puede ser más apropiada.

3.3.3. Déficit de ofensividad en un intento de configuración como delito a «dolo específico». Inaceptable adelanto de la tutela penal

Podría plantearse si sería legítimo construir el delito valiéndose de la técnica del «dolo específico». De manera que en puesto de requerir la idoneidad de la acción para producir el resultado lesivo, el desvalor se centraría entonces en la intención del sujeto. Se castigarían aquellas conductas negacionistas realizadas

¹⁶⁰⁰ En tal sentido, ya se criticó en el Cap. 5 la relectura de los delitos de vilipendio que quedaban en este ordenamiento como tipos de peligro concreto. Sobre esta cuestión, cfr. en particular la crítica de A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, p. 727; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 279 y ss.; T. PADOVANI, «Bene giuridico e deliti politici», *op. cit.*, pp. 41) o C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁰¹ Definido de esta manera el delito, daría lugar a formas de concurso (aparente) de leyes con aquellos tipos que pudieran prever la provocación a este género de delitos, especialmente con el delito de provocación directa al odio, la discriminación o la violencia racial, resolviéndose el concurso sobre la débil referencia a si se ha tratado de una provocación directa o indirecta o encubierta por la particular modalidad de la acción típica.

¹⁶⁰² Así lo advierten, por ejemplo, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 163 o ÍD., «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 299.

¹⁶⁰³ Parfraseando a PADOVANI, muy débil deberá ser el «prestigio», en este caso los «derechos» de un grupo social, cuando una vulgaridad como las expresiones negacionistas puedan generar un peligro de que se ataque a los mismos («Bene giuridico e deliti politici», *op. cit.*, p. 41, con respecto al delito de vilipendio a la República).

«con el propósito de generar un clima de hostilidad» contra ciertos grupos sociales o sus miembros (o de perturbar la paz pública)¹⁶⁰⁴.

Esta posibilidad interpretativa planearía entre una forma de «delito a dolo específico de ofensa», si consideramos que la conducta negacionista resulta en sí misma inofensiva, o un «delito a dolo específico de ulterior ofensa», de entenderse que la conducta negacionista sí que resulta por sí misma ofensiva y que el dolo específico lo que viene es a cumplir con una función restrictiva de la ilicitud penal de un hecho ya de por sí meritorio de sanción penal¹⁶⁰⁵.

Siguiendo la línea largamente mantenida en este estudio, por muy odiosas o repugnantes que nos puedan resultar los discursos negacionistas no entiendo que en sí mismo considerados justifiquen la sanción penal y resulten *per se* ofensivos. Por tanto, si se construyera el tipo penal como una forma de dolo específico nos encontraríamos entonces dentro de la primera categoría, es decir, como un «delito a dolo específico de ofensa», que, como el profesor MANTOVANI afirma, se trata de una derogación al principio de ofensividad con funciones preventivas¹⁶⁰⁶; algo que, en mi opinión, resulta inaceptable por mandato del propio principio de ofensividad, encontrándonos en niveles cercanos al Derecho penal de autor, pero, más aún, cuando además está en juego la limitación de una libertad fundamental. Si en el apartado anterior se ha rechazado la legitimidad de la incriminación por las dificultades de fundar objetivamente la idoneidad ofensiva de la conducta, a mayor razón cuando ésta se pretende sustentar únicamente en un elemento subjetivo. De manera que tampoco cabría esta forma de tutela anticipada.

3.3.4. Ex malis minor: el delito de negacionismo como delito de ofensa por su carácter vejatorio o insultante para un grupo social o sus miembros. Refuerzo con dolo específico. El modelo portugués

A la hora de formular mi propuesta para la más adecuada construcción del delito de negacionismo parto de una razón que ha quedado suficientemente expuesta a lo largo del presente estudio: con la incriminación de las conductas negacionistas está en juego *la libertad de expresión, por lo que el carácter abierto y de vocación personalista del ordenamiento debe movernos a tratar de fundar el*

¹⁶⁰⁴ En este sentido, el Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, permitía que las conductas de negacionismo sólo se castigasen cuando se cometieran «*con la intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico...*» (art. 6.2.a).

¹⁶⁰⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁰⁶ *Íbidem*.

límite a esta restricción en un bien jurídico de naturaleza individual. Pues bien, ese bien jurídico es por definición el «honor». El bien jurídico se podrá reforzar, eso sí, con el valor de la «dignidad humana», en un sentido personalista, y con el principio de igualdad y el derecho de no discriminación. Ello no es óbice para que el mismo pueda, por un lado, verse comprometido en caso de ofensas que no fueran dirigidas contra personas determinadas, sino contra genéricos colectivos, y, del mismo modo, tampoco supone un obstáculo para reconocer que colectivos puedan ser sujetos pasivos del mismo (o entidades representativas de tales grupos sociales)¹⁶⁰⁷. De tal manera que si ha de darse un reproche penal al discurso negacionista, no creo que deba fundarse en su carácter peligroso para nuestra sociedad. El fundamento del injusto de este tipo de conductas debe buscarse primero, y antes que nada, en su capacidad ofensiva de los bienes personales de las víctimas de tales crímenes o en general de las personas y los grupos sociales que los sufrieron o que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad.

Así las cosas, me propongo tratar de construir el delito de negacionismo fundando su desvalor en el carácter vejatorio o degradante del discurso para un grupo social o sus miembros, exigiendo que el juez valore en el caso en concreto si el discurso en cuestión reviste tal virtualidad ofensiva. Esta propuesta entroncaría con la cualificación como expresiones «amenazadoras, abusivas o insultantes» recogida por la Decisión marco¹⁶⁰⁸, aunque llama la atención que entre los países que específicamente han incriminado las conductas negacionistas sólo Portugal, dentro de las fronteras europeas, y Suiza fuera de ellas, hayan recurrido a esta forma de construir el tipo penal¹⁶⁰⁹.

A estos efectos, para definir la acción típica se puede recurrir, como establece la Decisión marco, y a pesar de la amplitud de sus términos (como ya ha sido cuestionado), a las acciones de «negar», «trivializar groseramente» o «justificar»¹⁶¹⁰ públicamente delitos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes

¹⁶⁰⁷ Vid. epígrafe 2.2.2 en este Cap.

¹⁶⁰⁸ Es llamada la cláusula inglesa P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 150, ya que recoge la cualificación ofensiva exigida para sancionar en general este tipo de discurso en Inglaterra (aunque, como se ha estudiado, este país no cuenta con un delito específico de negacionismo). Éste era también el fundamento del castigo según la Acción Común 96/443/JAI que reclamaba la sanción de las expresiones negacionistas en tanto que comportaran «comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas». Por otro lado, el fundamento del contenido de injusto así reconocido sería similar al configurado en España para el delito de enaltecimiento del terrorismo cuando castiga las conductas de «realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares» (art. 578 Cp.).

¹⁶⁰⁹ Como se ha visto hay también otros países que han construido el tipo penal anti-negacionista recogiendo las diferentes posibilidades ofensivas.

¹⁶¹⁰ Sobre el rechazo al «apología» para preferir el de «justificar», *cf.* nota n. 1598 en este Cap.

contra la paz o la humanidad. El exigir que las conductas se den públicamente viene en este caso a reforzar la gravedad de la conducta, ya que supone dar un mayor conocimiento de las expresiones ofensivas. Tampoco aquí considero adecuado restringir el ámbito a que los crímenes hayan sido determinados por decisión judicial. Una vez que el desvalor va a residir en su carácter vejatorio para un grupo social o sus miembros pierde sentido crear diferencias entre víctimas de genocidios sentenciados y no sentenciados.

La cualificación ofensiva deberá venir dada porque tal conducta resulte «vejatoria» o «insultante» para un grupo social o sus miembros. Excluyo el cualificación como «amenazante» porque, en tal caso, nos alejaría del bien jurídico honor que sería el centro de la ofensividad de la figura delictiva. Ahora bien, una cuestión importante es que al exigir esta cualificación ofensiva se ha de valorar en concreto que de manera efectiva el discurso o la manifestación presentan una «fuerza» tal como para poder ser consideradas un verdadero menoscabo del honor o de la dignidad de la persona. Por tanto, no se trata de proscribir discursos «ácidos» o «molestos», ni siquiera de «mal gusto», sino expresiones que, aunque lingüísticamente no sean en sí mismas un insulto, sí que tengan una fuerza como para humillar o vejar¹⁶¹¹. Además, para reforzar el desvalor del acto sobre la dignidad humana y el principio de igualdad, poniendo esta figura en relación con los delitos de odio, se puede delimitar que la conducta vaya «dirigida contra grupos de personas o sus miembros definidos en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico»¹⁶¹².

Como complemento al desvalor del delito, aunque no haría falta ir más allá en la restricción del ámbito punitivo, se puede sumar la exigencia de un dolo específico proyectado sobre la voluntad de que se cometan actos de violencia o

¹⁶¹¹ A este respecto, WANDRES señala algunos inconvenientes de tal lectura, por un lado, al entender que las conductas meramente negacionistas o incluso el enaltecimiento de los autores de crímenes difícilmente van a poder suponer una injuria, pero, por otro, por las dificultades derivadas en general de los delitos de injurias colectivas (B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a *Die...*», *op. cit.*, pp. 1192 y ss.). También critica la difamación colectiva por la dificultad de referir el honor a una colectividad subjetivada, M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 107. No obstante, como fue advertido en los epígrafes anteriores, ésta parece ser la opción más conforme con el ejercicio de la libertad de expresión en sentido personalista y, como se pone de manifiesto de las SSTC 214/1991 y 76/1995, no es extraño que se puedan encontrar discursos negacionistas que puedan revestir tal sentido humillante.

¹⁶¹² Me alejo en este punto del modelo portugués el cual cualifica la conducta insultante pero exigiendo que ésta sea «debida a» o por «razón» de la raza, color, religión, etc.; lo cual vendría a «reduplicar» el elemento subjetivo, como se vio al analizar esta norma en Cap. 4, epígrafe 1.3.1. En la medida que el elemento subjetivo del delito ya va a estar bastante reforzado, creo que lo mejor es recoger la cláusula que propone la Decisión marco y a través de la misma definir el sujeto pasivo del delito.

discriminación contra el grupo, o de que se genere un clima de hostilidad. En este caso se trataría de un «delito a dolo específico de ulterior ofensa», en el que el contenido ofensivo vendría dado por el carácter vejatorio de la conducta. Incorporar este dolo específico, como hace la legislación portuguesa, conlleva la dificultad de que en el juicio se obligará al juez a que indague en los motivos del sujeto activo más allá del ánimo injurioso. Como argumento a favor, el dolo específico reforzaría el desvalor del acto, aunque sea desde un punto de vista subjetivo, lo que permite justificar el mayor nivel de penas característico de este tipo de delitos. Habría además que entender que el desvalor propio de la agravante racista quedaría subsumido en el dolo específico tal y como se ha planteado. Es también un guiño a un legislador que parece preocupado en querer identificar el discurso negacionista con la provocación al odio, la discriminación o la violencia.

La pena podría también establecerse según un amplio marco (de hasta 2 años de prisión y/o multa) que permita graduar al juez el castigo en función de la gravedad de la ofensa¹⁶¹³, aunque menor que el que proponía para el caso de configurarlo como un delito de peligro concreto, en donde la diversidad de delitos a los que se podía provocar justificaba llevar la posible sanción al máximo de pena dentro de la horquilla de la Decisión marco.

Recopilando todo lo dicho, el tipo penal podría formularse de la siguiente forma:

*«Cualquiera que, con la **intención de promover un clima de hostilidad contra un grupo social o sus miembros definidos en relación con la raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico, públicamente niegue, trivialice groseramente o justifique el genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la paz o la humanidad, en forma insultante o vejatoria, será castigado con la pena de prisión hasta 2 años y/o multa».***

Esta propuesta creo que combina una adecuada individualización del bien jurídico que actúa de límite a la libertad de expresión, al situarlo en el honor y la

¹⁶¹³ En España, por ejemplo, se castiga con penas de entre uno a tres años y multa la conducta de difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones del art. 510.2 Cp. Me parece que se trata de una pena excesivamente alta llevarla hasta los 3 años de prisión, cuando un delito de calumnia se castiga en España con penas de entre seis meses a dos años de prisión o multa (art. 206 Cp.) y la injuria con penas sólo de multa (art. 209 Cp.). El delito de enaltecimiento del terrorismo tiene una pena de uno a dos años de prisión (art. 578 Cp.). En Italia, por su parte, en su formulación básica el delito de injuria viene sancionado con penas de prisión de hasta seis meses o multa (art. 594 Cp. it.) o de hasta un año o multa en el caso de la difamación (art. 595 Cp. it.) o con pena de prisión de entre dos a seis años en caso de calumnia (art. 368 Cp. it.).

dignidad humana en sentido individual, y una suficiente cualificación ofensiva. Además se satisface así la dirección político-criminal tendente a configurar el delito específico de negacionismo dentro del género de delitos propios del «discurso del odio» (de ahí incluir las referencias a grupos diana y el dolo específico). A mi entender nos encontraríamos con un delito propio de la legislación contra el racismo y la xenofobia que entraría dentro de los límites constitucionales y formulado según una adecuada técnica legislativa. Se podrá criticar, en cualquier caso, que no es necesario seguir ampliando el arsenal punitivo ya existente y que en el corazón de estas figuras late rescatar los viejos delitos de vilipendio -lo cierto es que, como abundaré en el último capítulo, personalmente también comparto esa crítica-. De ahí que haya enfatizado la necesidad de que se constate el carácter *efectivamente* insultante o vejatorio y el carácter individual del bien jurídico, a pesar de que haya incluido el «dolo específico» a crear el clima de hostilidad. Pero se debe tratar de evitar que se caiga en una vuelta hacia la tutela de «sentimientos colectivos», de «perturbaciones» sociales o hacia la salvaguarda de «valores» compartidos que puedan terminar convirtiendo al Estado en una Iglesia¹⁶¹⁴.

¹⁶¹⁴ Así, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 52.

CAPÍTULO 8

La incriminación del negacionismo, una respuesta inadecuada ante un fenómeno execrable (a modo de colofón)

«Sólo llega a dominar la libertad de los hombres aquel que tranquiliza sus conciencias [...] ¿Acaso has olvidado que la tranquilidad y hasta la muerte son más caros al hombre que la libre elección en el conocimiento del bien y del mal?»

(F. DOSTOIEVSKI, «El Gran Inquisidor», *Los hermanos Karamázov*)¹⁶¹⁵

1. Dudas y razones acerca de la «(in)-conveniencia» de recurrir a la sanción penal frente al discurso negacionista

Si en los capítulos anteriores se ha tratado de depurar en un sentido técnico jurídico, desde una perspectiva constitucional-penal, la posible configuración del específico delito de negacionismo tal y como pretende el legislador europeo; quisiera ahora, a modo de cierre, afrontar la «conveniencia» y los problemas que presenta la justificación última de esta política-criminal¹⁶¹⁶. Como ya he dicho, vaya por delante que el discurso negacionista de un genocidio o de graves

¹⁶¹⁵ Edición de Cátedra, Madrid, 2006, p. 410.

¹⁶¹⁶ En sentido general contrarios a la sanción de este tipo de conductas, entre otros, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit., passim*; P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, pp. 156 y ss., que, aunque sin un posicionamiento expreso, reconoce los rasgos iliberales de estos tipos delictivos; M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», *op. cit., passim*; y F. LISENA, «Spetta allo Stato...», *op. cit., passim*. En general contrarios al castigo de estas formas de apología como figuras autónomas, *cfr.* M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 101 y ss.; B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva...», *op. cit.*, p. 188; J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial...», *op. cit.*, p. 37; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General...*, *op. cit.*, p. 575; J. A. BELLOCH JULBE, «Libertad de expresión y violencia...», *op. cit.*, p. 53; T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, pp. 814 y ss.; J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», *op. cit.*, p. 784). A favor de su incriminación, en cualquiera de sus formas, D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 79, quien se plantea si en el caso Italiano el hecho de que no se haya logrado la penalización del negacionismo no responde «all'incapacità della comunità politica di far fronte, con chiarezza d'intenti e con senso di responsabilità, al proprio passato storico»; P. WACHSMANN, «Libertà di espresione...», *op. cit., passim*, aunque refiriéndose a la Ley Gaysot; o A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*, p. XXVII, pero como forma de respuesta excepcional. En España, a favor, de la incriminación de estas conductas, se muestran, por ejemplo, M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo...», *op. cit., passim*; A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto...», *op. cit., passim*; o J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit., passim*.

crímenes contra la humanidad en mi opinión constituye, sin lugar a dudas, una forma repulsiva de expresión que ofende cualquier mínimo de sensibilidad cívica y humana; un discurso que, en ciertos casos, traspasa claramente las barreras tolerables en un marco de convivencia constitucional para constituir un auténtico insulto o vejación de personas o grupos sociales y que, incluso, puede servir de abono para la generación de un clima de hostilidad entre grupos sociales. Pero, ¿justifica ello la instauración de un delito específico que venga a castigar este género de expresiones? ¿hasta qué punto no son mayores los perjuicios que genera reaccionar penalmente a través de un delito *ad hoc* que los efectos positivos que ofrece?

Pues bien, tratando de responder a estas preguntas habría que comenzar señalando, en primer lugar, que la incorporación de este tipo de delito no cubre ninguna laguna punitiva. Aquellas conductas «auténticamente» ofensivas, en relación con las expresiones que suponen la negación o justificación del Holocausto o de otros crímenes, podían ser castigadas por muy diferentes delitos dentro del arsenal típico ya existente en cualquier ordenamiento¹⁶¹⁷, sin necesidad de un tipo delictivo específico: así, los delitos de injurias (o de injurias colectivas), cuando se tratara de expresiones insultantes o vejatorias de personas o grupos, con la posibilidad de agravarlas por motivos racistas; también podrán castigarse normalmente aquellas conductas que supongan una provocación al delito; o, incluso, los distintos ordenamientos cuentan con una amplia legislación anti-racista incorporada en desarrollo de los compromisos internacionales, la cual prescribe el castigo de las distintas formas de «discurso del odio»¹⁶¹⁸, a cuya familia tiende a incorporarse este particular delito de negacionismo como manifestación peculiar¹⁶¹⁹.

En segundo lugar, hay que considerar que el intento de avanzar aún más la barrera punitiva, castigando conductas con una débil base ofensiva para bienes jurídicos que no resultan mínimamente determinados, provoca serios conflictos con la libertad de expresión y en general con los principios rectores del *ius puniendi*, como ha podido ser estudiado; de forma que, en la mayoría de los casos, según lo visto para el delito de negacionismo, tales intentos daban lugar a formas

¹⁶¹⁷ Así lo afirma para el caso español, por ejemplo, DE LA ROSA CORTINA: «nuestro Código penal sigue manteniendo un arsenal típico más que suficiente a través del que puede reprimirse cualquier conducta tendente a promover ideologías genocidas y a hacer apología del genocidio» («Negacionismo y revisionismo...», *op. cit.*, p. 6).

¹⁶¹⁸ Sobre las obligaciones punitivas derivadas de esta legislación, *vid. supra* Cap. 3, epígrafe 1.

¹⁶¹⁹ *Vid. supra* Cap. 7, epígrafe 1.2.

típicas inaceptables constitucionalmente¹⁶²⁰. Y, aun cuando pudiera concluirse el carácter abusivo de este tipo de expresiones, lo cierto es que nos encontramos precisamente en la frontera con el ejercicio de una libertad fundamental. Se lleva el castigo penal a los límites del ejercicio de la libertad de expresión, en una zona muy gris, lo cual provoca un indudable «efecto disuasorio» que también debe ser valorado, cuanto menos, al sopesar la «conveniencia» de este tipo de medidas, pudiendo incluso llegar a ser determinante de la inconstitucionalidad de tales delitos. Un «efecto disuasorio» del ejercicio legítimo de una libertad fundamental que se agrava por el déficit de taxatividad de este género de delitos, en los que se pretende castigar una amplia gama de conductas típicas difícilmente identificable *a priori*¹⁶²¹. Recordemos que se castigan genéricas conductas de «negación», «justificación» o «minimización» de graves crímenes, por más que luego el espacio ilícito pudiera tratar de restringirse a través de otras cláusulas.

Como tercera razón que abonaría la «inconveniencia» de optar por esta política-criminal hay que tener en cuenta la preferencia de la propia comunidad académica que ha mostrado su oposición a este género de medidas, siendo los propios historiadores quienes han reclamado su autonomía y capacidad para reprochar este género de discursos sin necesidad de la intervención penal. Se aduce, creo que de manera bastante razonable, que la incorporación de este tipo de delitos puede suponer una inadmisibles judicialización de la historiografía la cual, además, lleva, en extremo, a fijar una «verdad oficial»¹⁶²². Destacan en este sentido los manifiestos que se han hecho circular en Francia, bajo el título «Libertad para la Historia» [*Liberté pour l'Histoire*], de 12 de diciembre de 2005, y en Italia, «Contro il negazionismo per la libertà di ricerca», de 23 de enero de 2007, suscritos por algunos de los más prestigiosos historiadores de ambos países –en el caso italiano lo promovieron 29 profesores y han superado el centenar de adhesiones de académicos-¹⁶²³.

¹⁶²⁰ Como afirma GONZÁLEZ GUITIÁN siguiendo a MICHAELIS, «sigue siendo preferible un ordenamiento jurídico que contenga algunas lagunas a un Código penal cada vez más parecido a unas muletas para sostener la libertad de los ciudadanos» («La apología en la reforma penal», *op. cit.*, p. 398).

¹⁶²¹ *Vid. supra* Cap. 7, epígrafe 1.

¹⁶²² Así lo entienden, por ejemplo, M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», *op. cit., passim* o E. FRONZA, «The punishment of negationism...», *op. cit.*, pp. 621 y ss.; mientras que se muestra en contra P. BLOCH, «Response to professor Fronza's...», *op. cit.*, p. 637.

¹⁶²³ En el manifiesto italiano los académicos denunciaban que «si stabilisce una verità di Stato in fatto di passato storico, che rischia di delegittimare quella stessa verità storica» y advertían que «[s]ostituire a una necessaria battaglia culturale, a una pratica educativa, e alla tensione morale necessarie per fare diventare coscienza comune e consapevolezza etica introiettata la verità storica della Shoah, una soluzione basata sulla minaccia della legge, ci sembra particolarmente pericoloso». Por su parte, en el manifiesto francés se reivindicaba que «La historia no es una religión [...] La

En cuarto lugar, habría también que considerar el efecto contraproducente que en muchos casos provoca el castigo a los negacionistas por sus opiniones, que lleva a que los mismos puedan presentarse ante la opinión pública como mártires ideológicos, víctimas de una persecución política¹⁶²⁴. Se termina por «victimizarlos»¹⁶²⁵, pero, sobre todo, se les da notable publicidad¹⁶²⁶. Unido a ello, no hay que desconocer que crear contenidos prohibidos al final termina por invitar a su búsqueda y lectura y puede incluso darles un aura enigmática que los hace más atractivos. La persecución de los negacionistas los retroalimenta y se da pie a que puedan sostener teorías conspiratorias que los ensalzan: son perseguidos porque se quiere esconder la verdad. Es por ello que creo que el «desinterés», como forma de desprecio, es muchas veces la mejor de las respuestas.

Incluso, la represión penal ha llevado a que algunos negacionistas hayan obtenido un apoyo directo de personalidades científicas bajo el alegato de que estaban viendo violada su libertad de expresión¹⁶²⁷. El caso más extremo lo encontramos con autores que, siendo claros críticos del negacionismo, también han mostrado su oposición a estas medidas penales. He mencionado ya cómo

historia no es la moral [...] La historia no es una esclava de la actualidad [...] La historia no es la memoria» [*L'histoire n'est pas une religion [...] L'histoire n'est pas la morale [...] L'histoire n'est pas l'esclave de l'actualité [...] L'histoire n'est pas la mémoire*]. Ambos textos se pueden encontrar en el dossier de la *Società italiana per lo studio della storia contemporanea* que ha elaborado sobre esta cuestión. En el mismo también se halla una recopilación con un gran número de artículos y noticias de periódico que fueron publicadas en Italia en los primeros meses de 2007 tras el anuncio del Gobierno, posteriormente retirado, de introducir una norma penal que incorporara el delito de negacionismo específicamente al ordenamiento italiano. Toda esta información se encuentra disponible en: <http://www.sissco.it/index.php?id=11>

¹⁶²⁴ El caso más obscuro se encontraba con el régimen iraní, cuyo anterior presidente AHMADINEJAD llegó a afirmar que el Holocausto se trata de un «mito inventado por Occidente» y situó a su país como centro para la investigación científica libre sobre el pretendido genocidio nazi. Sobre esta cuestión, *vid.* las referencias en Cap. 2. Recientemente, como se vio, el actual presidente iraní parece que habría reconducido esta política y ha condenado el Holocausto.

¹⁶²⁵ En este sentido, *vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 171, que habla del «mecanismo di vittimizzazione» (p. 171). O en E. FRONZA, «Profili penalistici...», *op. cit.*, p. 1071, donde afirma: «Il diritto penale si rivela al contrario un'arma a doppio taglio: gli autori negazionisti potranno utilizzare, come già più volte è successo, l'argomento della repressione e presentarsi come martiri della libertà di espressione ed oggetto di una legislazione speciale di criminalizzazione del dissenso». También STORTONI se refiere a que «l'effetto può essere di segno opposto: la reazione penale decimatoria, con la sua ingiustizia, tende a "nobilitare" il destinatario rendendolo "vittima" e, conseguentemente, moltiplica il fenomeno anziché arginarlo» («Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?», *Critica del Diritto*, n. 1, 1994, p. 20).

¹⁶²⁶ Puede recordarse la notoriedad pública que han adquirido gracias a los procesos judiciales negacionistas como D. IRVING o R. FAURISSON, como fue estudiado en Cap. 2, epígrafe 2.2.

¹⁶²⁷ Es el caso ya señalado de Noam CHOMSKY en el libro de Robert FAURISSON *Mémoire en défense contre ceux qui m'accusent de falsifier l'histoire: La question des chambres à gaz* (*vid supra* Cap. 2, epígrafe 2.2).

Deborah LIPSTADT manifestó su disconformidad con la condena penal a quien fuera demandante frente a ella, David IRVING¹⁶²⁸; o, de manera concluyente, Pierre VIDAL-NAQUET ha dejado escrito: «¿Vivir con Faurisson? Cualquiera otra actitud supondría que imponemos la verdad histórica como la verdad legal, lo cual es una actitud peligrosa y susceptible de otros campos de aplicación»¹⁶²⁹.

Por último, en términos de eficacia también son discutibles estas medidas sancionadoras anti-negacionistas, ya que resulta prácticamente imposible evitar la difusión de este género de contenidos en un mundo globalizado por Internet¹⁶³⁰. A lo que añadir que el recurso a los tribunales de justicia tiene siempre una alta componente de incertidumbre y la absolución de un tribunal puede «aparentar» la legitimación de este género de discursos¹⁶³¹.

2. El carácter «simbólico» de la respuesta penal al negacionismo del Holocausto

En realidad, con la sanción penal del negacionismo parece que las democracias europeas hayan querido ofrecer un «gesto fuerte» de reafirmación de sus valores fundamentales¹⁶³². El «topos» fundante de esta legislación, como fue advertido, no es otro que la protección, el blindaje de la memoria del Holocausto y el reconocimiento a sus víctimas¹⁶³³, se busca afirmar el más contundente repudio a este pasado. Hay que evitar que se rompa «la barrera de repugnancia social que

¹⁶²⁸ *Vid. supra* Cap. 2, epígrafe 2.2.

¹⁶²⁹ P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶³⁰ A este respecto, *vid.* L. B. LIDSKY, «Where's the Harm?», *op. cit.*, pp. 1099.

¹⁶³¹ Sobre esta cuestión, *vid.* la Parte II de R. A. KHAN, *Holocaust denial and the law...*, *op. cit.*

¹⁶³² En este sentido, *cfr.* E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 52, quien refiere como el negacionismo «colpisce in profondità non o non tanto i poteri costituiti, le strutture date, ma molto di più ovvero il patto etico, rappresentato dall'incondizionato rifiuto delle dinamiche che hanno trascinato l'Europa nell'orrore della guerra e dei totalitarismi»; o, en íd., *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 170, ha afirmado que «Il negacionismo attacca il momento costituente della democrazia, molto più che i suoi aspetti costituiti, le istituzioni. Ne attacca i valori fondanti, i diritti umani». De esta autora véanse también «Profili penalistici...», *op. cit.*, p. 1039. En sentido similar, *vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 126, quien, refiriéndose a la normativa contra el racismo y específicamente al delito de negacionismo, considera que «essa assume un ruolo prettamente *simbolico-espressivo*, avendo di mira due scopi, tra loro connessi, disarmonici rispetto a quelli che dovrebbero ispirare lo *ius puniendi*. Da un lato, serve a rafforzare il consenso attorno all'idea stessa di diritto penale europeo, presentándolo como corrispondente ai valori essenziali in cui già si riconosce il cittadino dell'Unione; dall'altro, come osservano alcuni autori, viene sfruttata per costruire un *nucleo assiologico condiviso* sul quale possa poggiare l'identità europea».

¹⁶³³ Así se justificó en Cap. 7, epígrafe 2.1. A este respecto véase en particular P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 137.

impide su temible repetición»¹⁶³⁴. En tal sentido, se ha llegado a considerar que con la específica incriminación del negacionismo del Holocausto se termina por generar un «tabú» de aquel episodio histórico¹⁶³⁵; ello aunque este género normativo haya traspasado estas fronteras para castigar otras formas de negacionismo. Se da así un uso político de la «historia» que, aunque no resulta nuevo¹⁶³⁶, cuanto menos sí que puede entenderse contradictorio con un orden de libertades y pluralismo, sobre todo en la medida que se recurre, no ya a la «afirmación» política, sino al castigo penal¹⁶³⁷.

Y es en tal sentido que preocupa el recurso al Derecho penal con una finalidad esencialmente «simbólica»¹⁶³⁸. ¿Acaso es «función» del Derecho penal democrático la «afirmación» de los valores esenciales de la sociedad? Por supuesto que el Derecho penal asume como función primogénita la de proteger los valores esenciales de una sociedad; sin embargo, ello es muy distinto de pretender «consagrar» por medio del Derecho penal valores intangibles, tutelando la «integridad conceptual» de ideales de naturaleza supraindividual, ya sean morales o normativos o de otros sentimientos colectivos¹⁶³⁹. Se da una «huida hacia el

¹⁶³⁴ La expresión es del Magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS en su voto particular a la sentencia STC 235/2007.

¹⁶³⁵ Se pregunta LUTHER si con esta legislación no se estaría creando «un dispositivo simbólico de silencio capaz de tranquilizar a las víctimas, el equivalente funcional de un tabú protector» («El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 293). En sentido similar, fueron mencionados en el Cap. 3, epígrafe 3.1.3, R. ALCÁZER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto...», *op. cit.*, p. 338, y A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte...», *op. cit.*, p. 6. Por su parte, J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, p. 68, ha afirmado que «sobre la policía de la memoria: libertad para la historia».

¹⁶³⁶ A este respecto véase el epígrafe 2 del Cap. 1, donde, entre otros, se ponía el ejemplo de la Antigua Grecia que prohibió recordar públicamente las «desgracias» sufridas por los atenienses en el siglo V a. C. después de la dictadura de los Treinta tiranos.

¹⁶³⁷ Como afirma M. CARRILLO, «un sistema democrático en el que las libertades son pilar fundamental, exige que la sociedad no cierre los ojos, a través del Derecho Penal, a sus propias miserias, a su propia historia» («La libertad y las expresiones miserables», *El País*, 5 de marzo de 2006).

¹⁶³⁸ Critican este uso simbólico del Derecho penal, entre otros muchos, E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 52; ÍD., «Profili penalistici...», *op. cit.*, p. 1070; ÍD., *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 159; o J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.* L. STORTONI, en general sobre la legislación antirracista y antifascista, refiere su carácter simbólico y «il suo carattere addirittura mistificatorio» («Le nuove norme...», *op. cit.*, p. 20). Sobre el «Derecho penal antirracista y Derecho penal simbólico», véase también E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, pp. 346 y ss. Muy interesante es también la reflexión de MUÑOZ DE MORALES ROMERO, quien advierte que con este tipo de Derecho penal simbólico en realidad lo que se persigue es «socializar Europa a través del Derecho penal» (*El Legislador penal europeo...*, *op. cit.*, p. 327).

¹⁶³⁹ En este sentido, véase la crítica de A. SPENA acerca de que puedan ser aceptados como «[o]ggetto di tutela delle norme incriminatrici di reati d'opinione, insomma, sono direttamente

Derecho penal»¹⁶⁴⁰; tanto que, con delitos de este tipo, se termina verificando un riesgo cierto de caer en un Derecho penal sin virtualidad «auténticamente» protectora, sino meramente «motivadora» o «afirmativa» de valores sociales en un sentido ideal o espiritual¹⁶⁴¹. ¿Acaso se quiere convertir el proceso penal en un «teatro pedagógico»¹⁶⁴²? Por mi parte, comparto con MERLI, quien siguiendo a F. CARRARA, concluye: «In una società democratica matura, non rientra nella competenza dello Stato il compito di educare coercitivamente i cittadini adulti ai

valori morali *sovra-individuali*, o anche la (o una) sensibilità *collettiva* o *diffusa* rispetto a certi valori morali» («Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, p. 694). Algo inasumible para un Derecho penal Democrático: «L'esigenza di disapprovare sentimenti intollerabili per le coscienze civili o eticamente assai riprovevoli non può apparire decisiva in un sistema penale secolarizzato nel quale la funzione del diritto penale non può essere ritenuta quella di garantire la purezza etica di azioni o atteggiamenti interiori, ma solo quella di prevenire comportamenti lesivi di (o idonei a ledere) beni giuridici» (G. GRASSO, «Genocidio», *op. cit.*, p. 408). En sentido similar, *vid.* A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, especialmente a partir del Cap. II, para quien «[u]n diritto penale democratico non tutela un valore astratto e ideale, nè il sentimento etico dei terzi quando non c'è stata nessuna vittima» (*ibidem*, p. 386).

¹⁶⁴⁰ Se produce así una «huida hacia el Derecho penal», que, como señala VIVES ANTÓN, se caracteriza por este tipo de «leyes manifiesto», en donde «el gobierno o el parlamento hacen un gesto, un gesto barato de cara a la población; un gesto que no tiene costes inmediatos y aparentes; pero que tampoco tiene más eficacia que la de una proclama [...] el derecho penal se utiliza para exorcizar los problemas sin resolverlos. Se hurta a los principios y garantías y, finalmente, se convierte en un fraude» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 667). Entre otros muchos, critican esta «huida hacia el Derecho penal», J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 351; y ÍD., «Derecho penal, memoria...», *op. cit.*, pp. 68 y ss.; D. M. SANTANA VEGA, «Protección penal de la discriminación...», *op. cit.*, p. 144; J. M. DE LA ROSA CORTINA, «Negacionismo y revisionismo...», *op. cit.*, p. 6; P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado...», *op. cit.*, *passim*; y J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.*; M. CARRILLO, «La libertad y las expresiones...», *op. cit.*; ÍD., «Libertad y expresiones odiosas», *El País*, 20 de febrero de 2007; y ÍD., «El discurso del odio en democracia», *El País*, 8 de enero de 2008.

¹⁶⁴¹ En este sentido, por ejemplo, *cfr.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 159: «l'obiettivo prevalente non è qui la punizione del reo per l'offesa portata agli interessi individuali, quanto il *potere evocativo* della norma come della punizione, la *sanzione* che richiama nella condanna il valore in nome del quale essa è stata comminata. Il diritto penale interviene dunque con un finalità simboliche per tutelare e ricomporre una identità collettiva proteggendo e stabilizzando la memoria pubblica [...]. Il legislatore penale, europeo e nazionale, si fa, nella sostanza, portatore *di un messaggio* molto più e prima che non della protezione di un interesse meritevole di tutela». Muy contundente resulta también su presentación: «rimasto l'unica morale pubblica davvero comune, il diritto (soprattutto quello penale) vede concentrarsi su di sé le più diverse richieste. Anche quella di "fare ordine" nella memoria di eventi costitutivi per i principi condivisi delle nostre società» (*ibidem*, p. X). Ocurre, sin embargo, que «no puede olvidarse que una reacción de estas características puede constituir mera *legislación simbólica* que haga peligrar su seriedad [de la intervención penal], pues se ha destacado que el efecto simbólico, una vez descubierto, conduce a la ineficacia» (B. MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 47).

¹⁶⁴² La expresión es de M. J. OSIEL, «Politiche della punizione...», *op. cit.*, p. 106.

valori sociales dominanti (aperti al dibattito pluralistico), convertendo il diritto penale “in uno strumento di santificazione dell’anima”»¹⁶⁴³.

3. Negacionismo y nuevos delitos de opinión en la sociedad del riesgo, «temerosa» y «débil»

La particular fundamentación de este delito, como tipo protector del «pacto ético» fundacional europeo¹⁶⁴⁴, puede llevar a preguntarse si se trata de una derogación extraordinaria de la libertad de expresión¹⁶⁴⁵ o si, por el contrario, resulta paradigma de una nueva generación de delitos de opinión. Por mi parte, entiendo que esta normativa no es una excepción, sino más bien lo contrario¹⁶⁴⁶. Un síntoma muy claro de ello se ve en la progresiva ampliación de las conductas típicas castigadas con respecto al referente originario de la «mentira de Auschwitz»: primero se castigaba un fenómeno muy concreto, el negacionismo del Holocausto, que pronto se amplió a otras formas de negacionismo de genocidios, crímenes de guerra u otros crímenes contra la humanidad. Pero, además, este delito de negacionismo se asocia a una más amplia política-criminal que busca combatir otras manifestaciones de racismo o la xenofobia y otras formas de discriminación (delitos de difusión de ideas racistas, de provocación al odio, etc.). Hoy son las ideas racistas aquellas que se pretenden proscribir, también el

¹⁶⁴³ A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 29. En sentido contrario, por ejemplo, D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 112, concluye que están justificadas tales limitaciones a la libertad de expresión ya que, a diferencia de los EE.UU., las democracias europeas son «relativamente giovani, immature e segnate dall'esperienza fascista, nazista, totalitaria».

¹⁶⁴⁴ Así, E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁴⁵ En este sentido, C. VISCONTI deja la pregunta abierta sobre si la tutela del «pacto ético» que rige las sociedades democráticas occidentales puede justificar el sacrificio (excepcional) de la libertad de expresión: «la memoria dell'Olocausto sta alla base e alimenta il “patto etico” che regge la società democratiche occidentali, tutelarla anche penalmente non costituisce semplicemente una misura tra le altre – e come le altre discutibile soprattutto perché non ideologicamente “neutrale”- mediante le quali la comunità difende e promuove l'universo dei valori a cui atinge, anche a costo di sacrificare la libertà di espressione» (*Aspetti penalistici del discorso pubblico*, *op. cit.*, p. 242). También E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...*, *op. cit.*, pp. 258 y ss., se plantea la limitación ante el negacionismo del Holocausto como tal límite excepcional, como una expresión de patriotismo constitucional. Y en estos términos A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*, p. XXVII, defenderá su legitimidad como uno de esos casos en los que las democracias pueden defenderse de manera excepcional.

¹⁶⁴⁶ Como reseña V. CUCCIA, «l'attuale tendenza del legislatore è nella direzione di una severità crescente verso gli atti discriminatori, in quanto lesivi della dignità umana, valore cardine della nostra civiltà giuridica» («Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 882). Se trata, como fue ya expuesto, de un «modelo in via di espansione» (A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.*, p. 520).

ensalzamiento o la apología del terrorismo¹⁶⁴⁷, luego no se sabe cuáles serán las que terminen siendo reprochadas en esta «resbaladiza» pendiente¹⁶⁴⁸. Ejemplos que ponen de manifiesto cómo el delito de negacionismo resulta, no una excepción, sino el paroxismo de una tendencia político-criminal que abona el nacimiento de nuevos «delitos de opinión», los cuales fructifican en una sociedad caracterizada por notas muy peculiares: una «sociedad del riesgo»¹⁶⁴⁹, «temerosa» y «débil».

En esta «sociedad del riesgo» el Derecho penal, sus funciones o sentido último, parecen estar evolucionando. Un Derecho penal que, en una sociedad «temerosa» de cualquier riesgo, adelanta la barrera punitiva, prefiere bienes jurídicos supraindividuales y formas adelantadas de ofensa¹⁶⁵⁰. Se atisba un

¹⁶⁴⁷ Con una posición crítica sobre estas nuevas formas de apología referidas a los delitos de terrorismo, como fueron señalados en el Cap. 6, *cfr.* D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, *op. cit.*, p. 80; M. L. CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político...», *op. cit.*, p. 116; J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento...», *op. cit.*, p. 784; o J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial...», *op. cit.*, 663, p. 36.

¹⁶⁴⁸ Así, podría ser legítimo preguntarse, como hacía A. AMBROSI, ¿para cuándo un delito de difusión de ideas «machistas»? («Libertà di pensiero e manifestazioni...», *op. cit.* p. 528). Me permito referenciar aquí un ejemplo real que personalmente me ha resultado francamente consternador en relación a los extremos a los que puede terminar llevándose esta concepción de la dignidad humana como límite a la libertad de expresión. Se trata de una carta enviada por la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, Sra. RUIZ SEGUÍN, a la editorial Tecnos exigiendo la censura (rectius, «revisión») del prólogo al Código penal del profesor GIMBERNAT, porque en el mismo se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley de violencia de género (véase *Código Penal*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2013). Esta autoridad pública advertía al director de la editorial que, de no hacerlo, se seguirían «cuantas actuaciones sean necesarias en la medida en que siga publicitándose esta edición a través del prólogo denunciado», y es que, a su juicio, las críticas científicas realizadas por el profesor eran tanto como «una serie de juicios de valor en relación a la violencia de género que van más allá del derecho a la libertad de expresión, pues vulneran el principio constitucional de igualdad entre mujeres y hombres y suponen un grave atentado contra la dignidad humana».

¹⁶⁴⁹ Como explica B. MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en...*, *op. cit.*, p. 23, habría sido el sociólogo alemán Ulrich BECK quien en su obra *Risikogesellschaft* (1986) ha caracterizado tal modelo de sociedad. En los aspectos definatorios de la misma destaca: a) cambio en el potencial de los peligros en relación con los de otras épocas; b) Complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad; y c) Situación subjetiva de inseguridad.

¹⁶⁵⁰ Así, la política criminal en la sociedad del riesgo, como viene sintetizado por MENDOZA BUERGO, «se caracterizaría por una tendencia al *Derecho penal preventivo* con un *acentuado adelantamiento de la protección penal*, lo que conlleva, por una parte, un frecuente recurso a la formulación de delitos de *peligro* –en buena medida de *peligro abstracto*–, así como la configuración de nuevos *bienes jurídicos universales* de vago contenido, por otra» (B. MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en...*, *op. cit.*, p. 44). En sentido similar, *cfr.* I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo...», *op. cit.*, p. 688. A este respecto, SILVA SÁNCHEZ denuncia la «administrativización del Derecho penal» y advierte cómo «la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo “delito de lesión de bienes individuales” al modelo “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”» (*La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 132). Y añade: «las nuevas leyes penales y las respectivas *rationes legis*, que obviamente no dejan de guardar relación –

cambio de paradigma en la función del Derecho penal: se desdibujan las fronteras de la ofensividad para pasar a un derecho esencialmente preventivo, forzando con ello principios básicos que venían considerados como un «logro» definido a lo largo de tres siglos de Derecho penal democrático y garantista¹⁶⁵¹. Quiebra también la concepción del Derecho penal «mínimo»¹⁶⁵². Se pasa a un Derecho penal de «gestión de riesgos»¹⁶⁵³. Pues bien, esta tendencia es particularmente visible en el delito de negacionismo en el que, como ha sido criticado a lo largo de este trabajo, se ha preferido su configuración en salvaguarda de bienes supraindividuales como la dignidad humana en sentido colectivo, la paz pública o de un más difuso todavía clima de hostilidad, al tiempo que se justificaba el recurso a formas de peligrosidad abstracta o incluso presunta. Se quiere con este delito prevenir el envenenamiento social que pudiera crecer por la difusión pública de estas ideas; se previene actuando para «aplantar a la serpiente en el huevo»¹⁶⁵⁴. Pero, ¿no son los ciudadanos autosuficientes como para poder repudiar por sí mismos estas proclamas¹⁶⁵⁵? ¿tan «degradada» está la sociedad como para poder

al menos indirecta- con el contexto o con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos, son ascendidas de modo inmediato a la condición de bienes penalmente protegibles (dado que están protegidos)» (*ibidem*).

¹⁶⁵¹ Como concluye MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en...*, *op. cit.*, p. 45: «tal tendencia preventiva conllevaría una *flexibilización* de los presupuestos clásicos de *imputación objetivos y subjetivos*, así como de *principios garantistas* propios del Derecho penal de un Estado de Derecho».

¹⁶⁵² Como plantean BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE, en delitos como los que aquí se han estudiado y «[s]in ánimo de exhaustividad, se puede aludir en primer lugar a una de las grandes disyuntivas jurídicas y políticas de fondo en los estados de nuestro entorno Derecho penal mínimo *versus* Derecho penal máximo; además, esta materia se conecta, siempre en el contexto de la disyuntiva señalada, con cuestiones como los límites de la punición del *iter criminis*, los límites de la punición de la contribución a un hecho ajeno, los límites de la punición de la intervención a posteriori que extiende o amplifica el daño causado por un hecho punible, los límites de la tolerancia social hacia expresiones que indignan a muchas personas y/o que causan un sufrimiento mental particularmente intenso a otras, los límites de la tolerancia social hacia palabras que, consideradas en su contexto, contribuyen objetivamente a una significativa puesta en peligro de los más valiosos bienes jurídicos, los límites, al cabo, de la libertad de expresión» (J. BARQUÍN SANZA y M. OLMEDO CARDENETE, «Artículo 18», *op. cit.*, p. 924).

¹⁶⁵³ Así, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 134: «esta orientación a la protección de *contextos* cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario, de “intensidad baja”. Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”».

¹⁶⁵⁴ M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplantar la serpiente en el huevo...», *op. cit.*

¹⁶⁵⁵ En este sentido afirma VIVES ANTÓN: «“aplantar a la serpiente en el huevo”, conminando penalmente la simple expresión de opiniones y creencias “revela una inadmisibles falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones”» (*Fundamentos*

estimar un «efectivo» peligro en tales discursos¹⁶⁵⁶? ¿Cuáles son las «ofensas» que dotadas de una mínima «materialidad» justifican la intervención penal? ¿No se ha llegado a afirmar que no se podía amparar al negacionista porque en «su cabeza» había un racista como «enemigo» de la sociedad¹⁶⁵⁷? Todo ello rasgos de esta nueva tendencia político-criminal hacia un Derecho penal «preventivo»¹⁶⁵⁸. Más aún, de un «Derecho penal» que se desata de sus «ataduras» en un «Estado de libertades» para acercarse a un «Derecho penal del enemigo», permanente y generalizado¹⁶⁵⁹. Se imponen las razones de «seguridad» y se materializa un continuo «estado de emergencia» frente a la democracia constitucional¹⁶⁶⁰.

Por otro lado, nos encontramos con una sociedad «débil» que paga con este género de delitos de opinión el precio de intentar garantizar la mínima homogeneidad social en el difícil equilibrio con el reconocimiento del «pluralismo ideológico»¹⁶⁶¹. Sin embargo, el incontestable y general rechazo social a estas

del sistema penal..., op. cit., p. 825). También vid. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», op. cit., p. 702 y ÍD., *La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., pp. 326 y ss..

¹⁶⁵⁶ En realidad, como acertadamente ve SILVA SÁNCHEZ, en este nuevo Derecho penal «administrativizado» cambia el paradigma y «[n]o se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las “grandes cifras”; el “problema estructural” o “sistémico”)» (*La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 137).

¹⁶⁵⁷ Cfr. A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión...», op. cit., p. 105.

¹⁶⁵⁸ A este respecto, cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 150 y ss.

¹⁶⁵⁹ En palabras de JAKOBS: «Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo que en esa medida simplemente no existe. [...] el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia» («Criminalización en el estadio...», op. cit., p. 322).

¹⁶⁶⁰ Parece que vivimos en una sociedad en la que, como expresa A. DI GIOVINE, «[s]i è materializzato davanti ai nostri occhi un ambiente hobbesiano dove *bios* e *nomos* si fronteggiano nella loro nuda inconciabilità e le ragioni della sicurezza (e della forza) sono apparse in certi momenti irresistibili, radice come erano in uno stato di emergenza, per così dire, normatizzato e nemico della persona umana nella sua essenza più intangibile, capace di piegare alle sue esigenze le strutture portanti dello Stato di diritto e della democrazia costituzionale» («La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza», en ÍD., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Turín, 2005, p. 5). En esta línea, en relación con la libertad de expresión, advierte C. VISCONTI que «la libertà di manifestazione del pensiero, insieme ad altri diritti fondamentali, rischia di entrare in un nuovo gioco di bilanciamento nel quale il piatto costituito dalla sicurezza assume un sempre maggiore peso a causa delle minacce proveniente dal terrorismo internazionale sia, più in generale, dalle turbolenze innescate nella società complesse dalle riemergenti competizioni intorno ai valori e alle conseguenti concezioni del “bene”» («Il legislatore azzeccarbugli...», op. cit., p. 224).

¹⁶⁶¹ Así, A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 129): «il principio del pluralismo (e di quello ideologico in particolare) soffra di un’ambiguità di fondo (pedaggio inevitabile – si potrebbe peraltro osservare – che esso paga alla necessità di garantire quel tasso minimo di omogeneità e di egemonia che ne costituisce l’imprescindibile fondamento)». De manera que, como expresa L. STORTONI en su crítica a los delitos de opinión, «i

conductas no puede por sí mismo justificar su castigo penal¹⁶⁶². ¿O es que la sociedad ha perdido su «vocabulario colectivo» para poder defenderse frente a este género de discursos y por ello necesita recurrir al arma penal¹⁶⁶³? ¿No dispone la sociedad de un «léxico civil»¹⁶⁶⁴ suficientemente fuerte con el que contrarrestar las mentiras negacionistas? La sociedad se siente «débil» para responder a un discurso que «envenena» sus valores fundamentales; pierde su confianza en otras instancias de protección: sólo le queda el Derecho penal¹⁶⁶⁵.

De manera que, con el delito de negacionismo, pero también con aquellos otros delitos de opinión recogidos en la legislación antirracista o en la antiterrorista, promovidos en muchas ocasiones desde la más absoluta buena fe pero, al mismo tiempo, con radical desconocimiento de los principios rectores del orden penal¹⁶⁶⁶, se ve la esquizofrenia del legislador que, por un lado, parece

beni costituzionali sono visti come limiti alla manifestazione del pensiero e, quindi, al far politica, ad essa si dà il compito di strumento di omogeneizzazione sociale. Se tali beni possono offendersi con le parole, e se offenderli può essere penalmente sanzionato, ciò significa che il dissenso pone il suo autore fuori della dialettica politica, lo rende nemico della Costituzione» («L'incostituzionalità dei reati di opinione...», *op. cit.*, p. 905).

¹⁶⁶² En este sentido, afirma E. FRONZA, «The punishment of negationism...», *op. cit.*, p. 623: «el significado simbólico de estas normas refleja un vasto e incontestable consenso social que rechaza estos actos atroces [...] El consenso social, sin embargo, no legitima por sí mismo la opción por incriminar las conductas negacionistas» [*the symbolical meaning of these norms reflects a vast and incontestable social consensus that rejects atrocious acts [...] The social consensus, however, does not alone legitimize the option of criminal punishing negationist conduct*].

¹⁶⁶³ Como expresa BENLLOCH PETT: «Una sociedad que ya no sabe expresar sus consensos valorativos sin recurrir a la pena está empezando a reducir peligrosamente su vocabulario colectivo» («El Derecho penal ante el conflicto político...», *op. cit.*, p. 200). Asimismo, revelador puede ser en este punto Z. BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, *op. cit.*, en particular las referencias a la ética de la obediencia y a la necesidad de pluralismo en pp. 193 y ss.

¹⁶⁶⁴ *Cfr.* la introducción de Gustavo ZAGREBELSKY a P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, *op. cit.*

¹⁶⁶⁵ En este punto es revelador el artículo F. MANTOVANI, «Criminalità sommergevole...», *op. cit.*, *in toto*. Asimismo, ante la expansión del Derecho penal como consecuencia del descrédito de otras instancias de protección, comparto la conclusión de SILVA SÁNCHEZ: «El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar» (*La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 63).

¹⁶⁶⁶ Así, por ejemplo, nuevamente SILVA SÁNCHEZ pone el acento en lo que llama «gestores “atípicos” de la moral» como uno de los factores que ha incluido en la actual expansión del Derecho penal y descubre cómo: «Si tales “gestores” habían venido siendo tradicionalmente determinados estamentos burgueses-conservadores, hoy adquieren tanta o más relevancia en tal papel las asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos [...], antidiscriminatorias (contra ideologías racistas o sexistas, por ejemplo), o, en general, las organizaciones no gubernamentales que protestan contra la vulneración de derechos humanos en otras partes del mundo. Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses» (*La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 66). Y añade

querer limpiar el ordenamiento de delitos de opinión difícilmente compatibles con los cánones constitucionales, pero, por otro, reintroduce nuevas formas delictivas¹⁶⁶⁷, las cuales, bajo nuevas vestiduras, hacen resurgir fantasmas del pasado¹⁶⁶⁸. Como se ha podido ver, renacen así nuevos delitos de opinión que reviven rancias figuras como fueron los antiguos delitos contra la «paz pública» o nuevas formas de «vilipendio»¹⁶⁶⁹. El caballo de Troya ha abierto sus puertas¹⁶⁷⁰, aquellos delitos de matriz fascista que habían quedado dentro de la «ciudad abierta» (como es el caso del art. 414 y 415 Cp. it. o la reminiscencia del castigo de la apología en el ordenamiento español¹⁶⁷¹), se han desplegado y doctrina y jurisprudencia deben empeñarse nuevamente en un intento de depurar de tipos

que «tales demandas de criminalización, por cierto en buena medida atendidas, resultan inadecuadas, vulneratorias de principios generales del Derecho penal (así, las que se refieren a la criminalización de la pura expresión de ideas) o incluso contraproducentes» (*ibidem*, p. 67). Más contundente es la afirmación recogida en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 679, acerca de este tipo de legislaciones, sosteniendo que **«[L]a hipocresía estatal apoyada por la buena voluntad de las organizaciones antirracistas y de defensa de los derechos humanos han creído conveniente proteger al desigual frente a ciertos comportamientos discriminatorios desconociendo el alcance limitado que tiene el Derecho penal para resolver cualquier conflicto social»** (sic).

¹⁶⁶⁷ En España esto se ve muy claramente en el Código penal de 1995 con la regulación de la apología. En un intento de desterrar viejas fórmulas se logró configurar como una forma de provocación directa al delito, si bien, el propio Código se enmendaba a sí mismo y terminaba por recoger luego el delito de negacionismo que suponía una forma impropia de apología. Algo que luego ha extendido también al delito de enaltecimiento del terrorismo. También en Italia donde el legislador ha oscilado entre medidas abrogativas de viejos delitos de opinión fascistas con la reintroducción de otros nuevos (en especial *cfr.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, p. 118 ss.).

¹⁶⁶⁸ A este respecto recuerda M. MANETTI que «[q]uando l'idea dell'eguaglianza si affaccia nella prassi dei soggetti social porta inevitabilmente con sé una forma di ostilità verso i gruppi privilegiati. In passato questi hanno potuto limitarsi a ribadire le ragioni della propria superiorità, e ad accusare gli altri di ribellione all'ordine costituito. La propaganda egualitaria è stata equiparata al discorso sovversivo: dagli Stati schiavisti che proibivano la propaganda abolizionista, dalla Germania imperiale e dall'Italia fascista che proibivano l'incitamento all'odio d classe, come vere e proprie forme di sedizione» («L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 103). ¿Estaremos ahora con delitos de este género rescatando aquellas formas de sedición aunque sea sobre los valores democráticos actuales?

¹⁶⁶⁹ Lo comparte, por ejemplo, M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1163.

¹⁶⁷⁰ C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁷¹ Más en general sobre la legislación histórica sobre el orden público, *cfr.* A. ALONSO DE ESCAMILLA, «La legislación histórica de orden público», 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. 921-940.

penales con trazas anti-liberales¹⁶⁷². Como ha ocurrido en el presente estudio, se tienen que rescatar «viejas» críticas para aplicarlas a «nuevos» delitos. Se hace necesario volver a recordar que la libertad de expresión no debe ser limitada por bienes supraindividuales, y menos aún de naturaleza ideal; que éstos, además, suponen ya de por sí un adelanto de la punibilidad con respecto a bienes personales; que es necesario una auténtica ofensividad para justificar la intervención penal y no caben genéricas presunciones de la dañosidad o peligrosidad social de una conducta; o que una conducta sea repulsiva socialmente no justifica por sí la intervención penal en un orden de Derecho penal mínimo¹⁶⁷³; entre otras críticas.

Nos encontramos, eso sí, con delitos de opinión que invocan una «noble» fundamentación. Como se ha visto, se justifican en la salvaguarda de la «dignidad humana», pero presentada ésta en una dimensión supraindividual. En este caso la «dignidad humana», que como constata C. VISCONTI, entra en un juego «tra rivisitazioni, trapianti e ibridazioni» para reforzar otros bienes jurídicos¹⁶⁷⁴, se asocia peligrosamente con bienes como la paz pública o el orden público para volver a darles carta de naturaleza como límites a la libertad de expresión en nuestros ordenamientos. Es por ello que creo necesario, en esta sede conclusiva,

¹⁶⁷² En lo referido a los delitos de opinión, entre los más recientes, *vid.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, *op. cit.*; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*; o F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*

¹⁶⁷³ Y es que, como de manera más general afirma G. JAKOBS, «Que los delitos productores de un clima no casen en el Derecho penal de un Estado de libertades no significa que la correspondiente conducta sea deseable o al menos socialmente neutral, sino tan sólo que tal conducta no tiene ningún efecto coactivo y que, por ello, tampoco se debería reaccionar contra ella con la coacción del Derecho penal» («Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 322).

¹⁶⁷⁴ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, *op. cit.*, pp. 7 y ss. En concreto afirma este autor, a la luz de la jurisprudencia constitucional italiana, que «via a via affiorato il concetto costituzionalmente orientato di dignità umana, spesso in funzione di rafforzamento di un bene fragile e controvertibile come il buon costume, talora come unico salvacondotto per giustificare il sacrificio di quanto garantito dall'art. 21: in ogni caso, con l'effetto di allargare non poco il ventaglio dei controinteressi opponibili alla piena esplicazione della libertà di parola» (*ibidem*, p. 15). En sentido similar, S. ROMANO pone de manifiesto cómo «si è registrata un'evoluzione nella giurisprudenza costituzionale, che –pur negando la coincidenza tra morale pubblica e buon costume- ha sostituito al tradizionale parametro statistico della media e comune sensibilità un criterio pluralistico, che pone l'accento distintivo sull'area di intersezione tra le diverse morali diffuse nel nostro tempo, sul "consenso per intersezione" secondo la definizione di RAWLS. E tale passaggio interpretativo è compiuto attraverso il passepartout della dignità umana, *minimum etico* su cui dovrebbe convergere il pluralismo dei valori della comunità, super-valore, che anima l'art. 2 Cost. e che rappresenta un limite "coessenziale" alla libertà di manifestazione del pensiero: e questo perchè la democrazia non è solo espressione della libertà, ma anche approfondimento della dignità umana nel suo pieno significato» («La libertà di manifestazione del pensiero», en L. MEZZETTI, *Diritti e doveri*, G. Giappichelli, Turín, 2013, p. 423).

revisitar algunas de las advertencias que a lo largo del presente trabajo se han podido ir haciendo a este respecto.

4. La dignidad humana como meta-valor y su deriva anti-liberal constitutiva de un nuevo «orden público ideal»

La dignidad humana constituye el *prius* axiológico sobre el que se sustenta el edificio constitucional erigido tras la II Guerra Mundial en Europa¹⁶⁷⁵. Un «puesto de honor» que le era otorgado tratando de sepultar al «propio monstruo» que había generado con el nazismo, como expresara el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA¹⁶⁷⁶. Así las cosas, los ordenamientos constitucionales europeos se refundaron bajo el terrible peso del Holocausto que les llevó a asumir dos coordenadas básicas: por un lado, la democracia como marco político frente a cualquier forma de autoritarismos y totalitarismos; y, por otro, la afirmación de la dignidad humana, y de los derechos y libertades de la persona inherentes a la misma, como fundamento del orden político y social¹⁶⁷⁷. De tal suerte que el valor «dignidad humana» termina por sintetizar una idea «material» de democracia; aquella que va más allá de unas meras reglas «formales» y afirma que, para ser «auténtica» democracia, se ha de construir un orden social basado en el respeto a unos derechos de la persona y en la asunción de unos valores mínimos comunes que dan sentido a la convivencia democrática¹⁶⁷⁸. Se forja así, frente a un concepto

¹⁶⁷⁵ Como expresara LUCAS VERDÚ, «[e]n un Estado social y democrático de Derecho, los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona, a diferencia de lo que ocurría en el Estado liberal de Derecho son un *prius* lógico, ontológico y deontológico...» (P. LUCAS VERDÚ, *Estimativa y política constitucionales*, *op. cit.*, p. 117). Y añadía: «desde un punto de vista axiológico, la dignidad de la persona y su libre desarrollo que contiene, porque le son inherentes, derechos inviolables, es el fundamento, principio y origen del ordenamiento constitucional español, es la *Grundnorm* en sentido lógico, ontológico y deontológico» (*ibidem*).

¹⁶⁷⁶ Para este Magistrado «[c]ada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científicamente todas las conductas genocidas que tipifica hoy nuestro art. 607 no se produjo en América, sino en Europa [...]. En Europa el puesto de honor en la lista de los derechos fundamentales lo ostenta la dignidad del ser humano, por lo que [no] nos debemos dejar deslumbrar por categorías ajenas a la experiencia europea» (Voto particular a la STC 235/2007).

¹⁶⁷⁷ Así, por ejemplo, la Constitución alemana que en su art. 1 prescribe la intangibilidad de la dignidad de la persona. El art. 10 de la Constitución española afirma por su parte que ésta será fundamento del orden político y de la paz social. En Italia el art. 2º de la Constitución reconoce el principio personalista y su art. 3º manifiesta que todos los ciudadanos gozan de «*pari dignità sociale*». Sobre la recepción del valor dignidad humana *cfr.* OEHLING DE LOS REYES, Alberto, «El concepto constitucional de dignidad...», *op. cit.*, *in toto*.

¹⁶⁷⁸ En este punto puede resultar de interés el estudio de A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, pp. 159 y ss., sobre la dignidad del hombre como espacio común al derecho y a la moral.

de democrazia meramente procedimental (o formal), otro con valor sustantivo (o material)¹⁶⁷⁹.

Sin embargo, reconociendo a la dignidad humana su valor como núcleo axiológico de las constituciones europeas, a lo largo de este trabajo ha preocupado la deriva anti-liberal que puede representar la erección de la misma como límite supraindividual a la libertad de expresión. No se han planteado inconvenientes mientras la dignidad humana iba de la mano de otros bienes personalísimos como el honor, fundando así el límite ante manifestaciones insultantes o vejatorias de personas o grupos. Las dificultades surgen cuando la dignidad humana pasa a presentarse como un «meta-valor» autónomo que fundamenta, y termina por «funcionalizar», el ejercicio de los derechos y libertades de la persona, y en particular de la libertad de expresión¹⁶⁸⁰. Se «socializa» (o «comunitariza») el valor «dignidad humana». De manera que, en cuanto límite a la libertad de expresión, la «dignidad humana» configuraría así un bien jurídico que bien puede identificarse con una suerte de «orden público constitucional». En realidad, una nueva forma de «orden público ideal»¹⁶⁸¹, basado en la idea de persona, pero no por ello menos

¹⁶⁷⁹ Así, A. ALGOSTINO contrapone una democracia «povera» (método) o «rica» (implicante valori tolleranti) («Democrazia protetta o aperta agli stranieri e alle culture? Primi elementi per una riflessione», en A. Di Giovine, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, 2005, Turín, p 167).

¹⁶⁸⁰ Sirva como ejemplo de esta tendencia la postura mantenida por L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 239: «In tale senso la dignità umana può essere intesa come un valore supercostituzionale nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell'uomo e come "con-fine" degli ordinamenti stessi. Non si tratta di un valore inteso verticisticamente, ma di un principio costituzionale oggettivo rivolto ad una determinazione valoriale dei sistemi».

¹⁶⁸¹ Así para M. MANETTI la protección de los valores de libertad y democracia han llevado a «l'instaurazione di un "ordine pubblico ideale" protetto nei confronti delle manifestazioni di dissenso» («La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 555). Más en concreto, afirma la autora que este «ordine pubblico ideale internazionale in Europa» lleva a «l'imposizione cogente di vincoli che impediscano l'autodistruzione del principio di libertà» más allá de legitimar la apelación a la «virtus repubblicana» (A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 230). En sentido similar, sostiene en M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, pp. 115-116, que: «La verità è che per l'Europa (e non soltanto per essa) il discorso razzista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche sulle quali è avvenuta la ricostruzione del dopoguerra. Questa valutazione affonda le sue radici nell'esperienza storica del totalitarismo e dell'Olocausto, e nell'angoscia esistenziale che ha accompagnato la totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano», de forma que «[s]i potrebbe dire che il diritto internazionale abbia così instaurato ab externo una protezione della democrazia anche là dove le Costituzioni nazionali non la prevedono». También, A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*, p. XXVII: «l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi liberaldemocratici uscito dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale: in particolare l'Olocausto è diventato quasi la matrice memoriale, la metafora del ventesimo secolo, impediendo

peligroso para la libertad¹⁶⁸². Se trata de valores que no son en absoluto neutrales ideológicamente¹⁶⁸³: ni el de orden público, ni el de ordenamiento político, pero tampoco el de dignidad humana¹⁶⁸⁴. Tanto que, como se ha podido ver en el presente trabajo, la «dignidad humana», entendida de esta manera, lleva a proscribir la expresión de opiniones por su contenido contrario a unos valores sociales o, como mucho, por los «fines» con los que se usa la libertad¹⁶⁸⁵. Se invoca

che il passato si decanti in memoria, ma prolungandone la presenza come ossessione del male assoluto». O, en el mismo sentido, *cfr.* E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...*, *op. cit.*, p. 92, «I principi enucleati, quali quelli dell'eguaglianza, della pace e della dignità umana, sembrano così delineare un "ordine pubblico ideale internazionale", che diverrebbe contenuto privilegiato ed essenziale della forma democratica di Stato» (p. 92). También *vid.* E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, p. 342, para quien la dignidad humana se pondría en relación con el orden público ante el peligro de que se pueda dar una explosión racista en Europa.

¹⁶⁸² Como expresa D. M. SANTANA VEGA: «la lucha contra la discriminación no puede convertirse en la fosa común de la libertad de expresión y el pluralismo político, cimientos irrenunciables de las democracias europeas» («Protección penal de la discriminación...», *op. cit.*, p. 149). Aunque sobre una cuestión diferente, como es el caso de la sanción del consumo de droga, creo que puede ser interesante la advertencia de R. VELACCIO: «il rischio che attraverso il richiamo al generico valore del «dovere sociale» o del «rispetto della persona e della dignità umana» si tenda ad imporre un modello ideologico ed etico specifico di comportamento. L'inderogabile prevalenza del principio personalista d'altra parte ci porta ad escludere che lo Stato possa imporre coattivamente e penalmente il rispetto dei valori costituzionali di dignità e solidarietà sociale, che si possa cioè andare oltre un sistema di oneri e incentivi, non tanto gravosi da risolversi in sanzioni, che rendano consapevoli le scelte di ciascuno, anche in ordine alla propria esistenza, senza forzarle» (Liceità del consumo di droga e illiceità di condotte pregresse. Una convivenza difficile», *Giur. Cost.*, 1995, p. 2688). O el «uso muy mesurado y prudente» de la dignidad humana que recomienda PERIS RIERA siguiendo a ESER (*La regulación penal...*, *op. cit.*, p. 99).

¹⁶⁸³ En este sentido, especialmente *vid.* C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁶⁸⁴ Como denuncia C. CARUSO: «La visione totalizzante della dignità umana è, in fondo, intimamente contraddittoria con le pretese aspirazioni comunitarie e multiculturali di chi se ne fa portatore: la dignità, infatti, è un concetto culturalmente orientato, che rifiuta letture assolutistiche. La sua astratta pre-comprensione e la sua lettura "idealizzata" nascondono, allora, una deriva in senso autoritario del sistema assiologico-normativo imposta dal gruppo sociale dominante, che incorpora i propri valori nella struttura dell'ordinamento (Post 2011, 107)» («Dignità degli "altri" ...», *op. cit.*, p. 812).

¹⁶⁸⁵ El mejor ejemplo lo encontramos en las sentencias del TEDH en las que ha aplicado la guillotina del artículo 17 CEDH para excluir de plano de protección a discursos por su puro contenido negacionista del Holocausto, racista, homófobo o islamofóbico (*cfr.* Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia; Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c./Austria; Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 20 de abril de 1999, sobre la admisibilidad del asunto Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania; Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido; Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia; o STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./ Rumanía). *Vid. supra* Cap. 3, epígrafe 3.2.3.

de manera tal que actúa como un límite de contenido a la libertad cerrando el debate público de plano¹⁶⁸⁶.

Así entendida, la dignidad humana se presenta ahora, en este género de legislación, como antaño lo fuera el prestigio de las Instituciones, de la Nación o de la Religión, para las que se reclamaba incluso una mayor tutela que frente a bienes jurídicos personalistas¹⁶⁸⁷. Con los antiguos delitos de vilipendio se sintetizaba, como ocurre con estos nuevos delitos, las ofensas a sentimientos comunes de la sociedad (la religión única, el sentimiento nacional), reforzadas por la idea de que con tales ataques al ideal colectivo se podía alterar la sensibilidad social y con ello poner en peligro la paz o el orden público. Ahora, en la sociedad postmoderna donde el símbolo de identidad son propiamente los elementos diferenciales, no ya la bandera nacional o la religión única, sino la identidad de cada colectivo, resurgen entonces estos nuevos límites y nuevos delitos en tutela de bienes supraindividuales -ahora de los sentimientos y sensibilidades de colectividades o grupos sociales-, pero, reitero, con igual acento anti-liberal¹⁶⁸⁸. Aunque se revistan

¹⁶⁸⁶ En este sentido advierte C. CARUSO, «Dignità degli “altri”...», *op. cit.*, p. 810, que «[s]fuggente sul piano dei confini dogmatici, il riferimento alla dignità si traduce in un vero e proprio argomento *knock-down* che chiude la discussione in partenza».

¹⁶⁸⁷ A este respecto, comparto absolutamente la posición de CUERDA ARNAU, que me permito citar extensamente por su extraordinaria claridad: «Cuando se dice que el objeto de tutela está constituido por la dignidad de los grupos tradicionalmente agraviados por el género de conductas que nos ocupan, no se está pensando en el contenido que tradicionalmente se otorga a la misma en el marco de los delitos contra el honor, sino que se está elevando a la categoría de bien jurídico algo que sustancialmente es idéntico a lo que se estimaba protegido en los viejos delitos de escarnio y ofensa al sentimiento religioso artículos 209 y 211, de manera que deben tenerse aquí por reproducidos los buenos argumentos con los que la doctrina defendió la supresión de estos tipos. De igual modo, cuando se alude a la peligrosidad de la acción o a la idoneidad de la misma para crear en otros actitudes de hostilidad hacia el colectivo afectado no quiere decirse con ello que lo sancionado sea la provocación al delito, sino algo mucho más amplio, tan amplio que, según creo, podría incluso ir más allá de la genérica incitación al delito, lo cual suscitaría los reparos tradicionalmente opuestos a este modo de entender la apología y aun otros si efectivamente no quedase limitado a eso y abarcarse –como creo que sucede– “incitaciones” meramente subliminales» («El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1163). Y añade, «[e]n suma, lo protegido son los sentimientos y, en el mejor de los casos, un difuso concepto de orden público que podría verse perturbado por la inestabilidad social que genera el llamado “lenguaje del odio”» (*ibidem*, p. 1164).

¹⁶⁸⁸ Con una relectura de los fundamentos de la libertad de expresión en la sociedad postmoderna, *cfr.* C. CARUSO, «Dignità degli “altri”...», *op. cit.*, pp. 795 y ss.: «In una società multiculturale l’ordinamento dovrebbe farsi carico, così, di una politica di riconoscimento che subordini, se necessario, la tutela dei diritti individuali al riconoscimento dell’identità culturale laddove vi sia una “reale distorsione” tra l’immagine che l’individuo ha di sé nell’ambito della comunità di riferimento e l’effettiva percezione da parte del resto della società.» (*ibidem*, p. 797). Continúa, en este sentido, afirmando que: «[t]ale impostazione apre una breccia nella tradizionale teorica della libertà di manifestazione di pensiero, e contribuisce a rovesciarne le premesse: sotto la spinta di “movimenti culturali” minoritari, la diffusione del pensiero comincia a essere percepita non più

del mantra de la dignidad humana, tratando así de «vestir al lobo con piel de cordero», en mi opinión resultan contrarios a la concepción personalista y abierta de la Constitución¹⁶⁸⁹. Pueden por tanto rescatarse argumentos de la doctrina clásica para aplicarlos a los actuales delitos y, más en general, a la afirmación de este género de bienes como límites a la libertad. Sirvan así las palabras de C. FIORE: «Ma allora l'espressione del pensiero non può incontrare sul suo camino "beni" inalienabili e "valori" sacri incontestabili; né tanto meno può arrestarsi di fronte al (supposto) turbamento di un "ordine", che non è quello della libertà; e che si tende, viceversa, a conservare inalterato anche a *prezzo della libertà*»¹⁶⁹⁰.

5. Hacia la contracción constitucional de las democracias abiertas: particular efecto de la convergencia supranacional

Las democracias europeas no son «neutrales»¹⁶⁹¹, como acaba de ser presentado; democracia no supone caer en un «nihilismo»¹⁶⁹², sino, muy al

come un *diritto*, ma come un *potere* di cui i gruppi egemoni si avvalgono per perpetuare la condizione di inferiorità delle comunità sociali svantaggiate» (*ibidem*, p. 797).

¹⁶⁸⁹ Creo que es en este campo donde se juega el futuro de la concepción abierta o cerrada de nuestros ordenamientos. Y es que, como expresa MANETTI, «[f]atto sta che il vero criterio discriminante tra ordinamento aperto o chiuso è la possibilità di sottoporre determinati beni costituzionalmente protetti a forme di tutela anticipata, quale si realizza típicamente nei reati di opinione. In altre parole, si trata di escludere, in via di principio, che il pensiero rappresenti di per sé un pericolo, e di affidarsi ottimisticamente alla libera circolazione delle idee; oppure di ritenere che quest'ultima possa in alcuni casi inficiare i processi di integrazione-condivisione di determinati valori ritenuti deboli o aggredibili» (A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 243). Más en general, sobre la protección de los valores democráticos como límites a la libertad de expresión en el nuevo orden global, puede verse también E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss., y *supra* Cap. 7, epígrafe 2.2.

¹⁶⁹⁰ C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 160. En este sentido expresaba: «Alla luce del principio costituzionale della libertà di espressione, si deve ora aggiungere che proporre, sic e simpliciter, il "prestigio" delle istituzioni come limite della manifestazione del pensiero, significa rifuggire del tutto dall'approfondire l'autentico significato della garanzia costituzionale della libertà di pensiero» (*ibidem*, p. 114). A lo que añadía: «altretanto inaccettabile è l'idea che la manifestazione del pensiero possa incontrare un limite nella tutela di un complesso di idee o di "sentimenti": come, ad esempio, il "sentimento religioso"» (*ibidem*, p. 120).

¹⁶⁹¹ Como señala A. DI GIOVINE, *I confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 122: «Ciò che fa la differenza (permettendo di distinguere un ordinamento aperto da uno semiaperto o da uno chiuso) – e passiamo così al secondo termino del rapporto – non è dunque l'esistenza o meno di valori fondanti (sotto questo profilo non rinvenendosi appunto apprezzabili differenze fra regimi liberaldemocratici e regimi autoritari), ma la misura – esta, sí, non uniforme – in cui quei valori vengono opposti come limite alla libertà di opinione (valor fundante nei soli regimi liberaldemocratici) e fatti oggetto quindi di tutela anticipata». Afirmando el carácter «no neutral» de nuestros ordenamientos, por ejemplo, *vid.* M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato...», *op. cit.*, apartado 5, «la laicità dello Stato, intesa come neutralità nei confronti delle religioni e delle concezioni del mondo, non implica affatto indifferenza ai valori»; o A. MERLI, *Democrazia e diritto*

contrario, junto al concepto de democracia se asocian toda una serie de valores que la hacen posible, le dan sentido y la dotan de un contenido material. Sin embargo, en un modelo de democracia abierta y plural, como el configurado por las constituciones española o italiana, lo que no cabe es la imposición de «dogmas» ideológicos¹⁶⁹³. En una democracia abierta todo ha de poder ser discutible. En el plano social, histórico, político no hay «hechos claramente establecidos» como ciertos y por ello intangibles al posible debate. Nadie puede considerarse en posesión de una «verdad suprema». El Estado democrático podrá, es más, deberá promover aquellos valores sobre los que se sustenta; pero lo que no será legítimo es «imponerlos» castigando a quienes no compartan ese mínimo de valores, siempre y cuando se respeten las reglas (formales) del juego democrático.

De tal suerte que en la «ciudad abierta»¹⁶⁹⁴ no quedarán tuteladas sólo «expresiones saludables». La dimensión «contramayoritaria» de los derechos fundamentales hace que esos herejes del ideario democrático queden también protegidos¹⁶⁹⁵, incluso aquellos que utilizan la libertad no como un escudo, sino como una espada¹⁶⁹⁶. Aunque, lógicamente, como «espada ideológica», porque si ésta se convierte en un arma de ataque a personas, para la ofensa de sus «iguales», entonces cabe recordar que la libertad tiene sus límites. No es el caso de otros ordenamientos de nuestro entorno que optaron por una concepción «semi-abierta» de la propia democracia, restringiendo el espectro de tolerancia ideológica. Un modelo que encuentra su principal exponente en Alemania¹⁶⁹⁷,

penale..., *op. cit.*, p. 59, «[n]aturalmente, pluralismo non significa assenza di valori, e nemmeno totale relativismo: un relativismo estremo che, rifiutando tutti i principi morali, rinuncia virtualmente ad una pretesa di moralità».

¹⁶⁹² Así, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 59: «La democrazia non è nichilista».

¹⁶⁹³ De nuevo, *cfr.* A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 94, quien afirma: «In democrazia non possono esservi certezze dogmatiche. Se si procede da verità assolute non si dialoga. Se la democrazia impone una verità come dogma, come verità che non si può comprenderé nella discussione fra gli uomini e nella quale si può soltanto credere, essa contraddice se stessa. Democrazia e dogma sono dunque incompatibili».

¹⁶⁹⁴ Así, *cfr.* P. NUVOLONE, «Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 353 y F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, pp. 263 y ss.; e Íd., «Diritto alla riservatezza...», *op. cit.*, pp. 71 y ss., como se ha visto en la presentación de este trabajo.

¹⁶⁹⁵ En relación con el negacionismo, así lo hace notar J. M. BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio...», *op. cit.*, p. 300).

¹⁶⁹⁶ En este sentido, afirma D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust...*, *op. cit.*, p. 26: «Ellos [los negacionistas] tienen derecho a expresarse, aunque aborrecible. Sin embargo, ellos usan de su derecho no como un escudo, como fue concebido por la Constitución, sino como una espada» [*They have right to speech, however abhorrent. However, they are using that right not as shield, as it was intended by the Constitution, but as a sword*].

¹⁶⁹⁷ Sirva como ejemplo el art. 18 l.f. RFG, que recoge la «perdita dei diritti fondamentali», entre los cuales la «libertà di espressione del pensiero», para quien abusa de los mismos «per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale» (traducción tomada de P. HÄBERLE,

aunque también es el modelo del Convenio Europeo¹⁶⁹⁸ o de la más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶⁹⁹.

Así las cosas, la opción de admitir esta suerte de «orden público ideal» como límite a las libertades fundamentales, o de finalizar las mismas restringiendo a quienes las ejecuten «abusivamente» en atención a sus fines, puede ser válida en aquellos países donde su Constitución ha optado por formas de «democracia militante» o «protegida»¹⁷⁰⁰; pero no es el de países como Italia o España que prefirieron tener «esperanza» y «confiar»¹⁷⁰¹ en la «madurez» de su ciudadanía y, por tanto, que optaron por «tolerar al intolerante» (en el ámbito de la «lucha entre ideas»), sin necesidad de «sedar» sus democracias frente a opiniones contrarias a sus valores esenciales¹⁷⁰².

De ahí que surja entonces una pregunta ante la propuesta común de incriminar las conductas negacionistas en el seno de la Unión Europea: ¿Tenía lógica tratar de «armonizar» en Europa un aspecto ante el que existen sensibilidades jurídicas, pero también sociales, tan distintas? Comparto con L. O. SMIDDY que las diferencias históricas, culturales y los diferentes contextos legales hacen imposible alcanzar respuestas supranacionales adecuadas para afrontar un fenómeno como el negacionismo¹⁷⁰³. Así se comprende el modesto balance de la armonización pretendida por la Decisión marco europea, la cual en sí misma trató de recoger las sensibilidades de los distintos Estados miembros, lo que al final ha

«Germania», *op. cit.*, p. 341). En concreto sobre el caracterización de la democracia alemana, *vid.* P. HÄBERLE, «Germania», *op. cit.*, y N. G. FOSTER Y S. SULE, *German Legal System...*, *op. cit.*

¹⁶⁹⁸ Así, el art. 17 CEDH, sobre el cual puede verse *supra*, Cap. 3, epígrafe 3.2.

¹⁶⁹⁹ En el art. 54 CDFUE se recoge también la prohibición del abuso de derecho.

¹⁷⁰⁰ Como advierte DI GIOVINE hay que distinguir los conceptos de «protezione della democrazia» y el de «limiti alla manifestazione del pensiero», ya que se trata de cuestiones «intrecciate, ma distinte», en la medida que pueden establecerse formas de protección de la democracia que no supongan o no lleguen a fijar límites a la libertad de expresión (*I confini della libertà...*, *op. cit.*, pp. 66 y ss).

¹⁷⁰¹ Así lo definía C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷⁰² En este sentido, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 103, plantea cómo la «democrazia protetta» alemana, con ingentes normas contra la instigación al odio, termina siendo una «democrazia sedata». Y es que, «[l]o Stato può difendersi, ma... non deve esagerare» (G. LOMBARDI, «Lo Stato può difendersi...», *op. cit.*).

¹⁷⁰³ En concreto afirma este autor, «Las diferencias en los contextos histórico, cultural y legal y las diferentes expectativas de los ciudadanos sobre el rol que debe jugar el Derecho hacen imposible llegar a una solución transnacional que satisfaga adecuadamente las necesidades de la cultura que la reclama» [*Differences in historical, cultural, and legal contexts and differences in citizens' expectations about the role law plays may make it imposible to arrive at a single transnational solution that appropriately meets the needs of the cultures to which it applies*] (L. O. SMIDDY, «An Essay on Professor Fronza's paper: should holocaust denial be criminalized?», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, p. 653). En este mismo sentido, cfr. R. A. KHAN, *Holocaust denial and the law...*, *op. cit.*, *passim*, o BAZYLER, «Holocaust denial laws...», *op. cit.*, p. 14.

llevado a que, de hecho, la alteración del panorama normativo previamente existente sea muy discreta: aquellos Estados que con una alta estima de su libertad de expresión han querido mantenerse sin establecer un delito específico para este tipo de conductas, así lo han hecho; otros, por su parte, sí que han querido acogerse a las nuevas tendencias; y otros ya tenían previamente el delito y no han modificado sus legislaciones¹⁷⁰⁴. Sin embargo, esta Decisión marco sí que creo que revela un aspecto importante: la Unión Europea da un paso en su afirmación como «arquitectura» constitucional superponiéndose, incluso en un ámbito tan sensible como es el penal, a los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. Esto son ya palabras mayores y, por más que se pueda discutir la legitimidad del constituyente europeo, hoy, esta arquitectura constitucional es ya una realidad jurídica. No es que Alemania «pretenda» imponer su visión de la democracia al resto de europeos. Es Europa, como marco político y constitucional compartido, como «realidad» jurídica e institucional, la que pretende que «armonicemos» nuestras tradiciones constitucionales nacionales adecuándola a aquello que se puede proclamar como orden constitucional europeo. Está por ver si, una vez más, el proceso de integración europea lleva a que los Estados miembros tengamos que asumir la «contracción» de nuestro marco constitucional¹⁷⁰⁵.

Y es que, en lo que ahora nos interesa, puede observarse cómo la convergencia supranacional apela a una contracción del modelo de «ciudad abierta» de nuestros ordenamientos constitucionales. La opción abierta y pluralista parece estar en crisis. Aquellos Estados que optaron por el «pluralismo» y la «libertad» como valores fundantes de su orden constitucional se ven presionados en el sentido de «cerrar» sus sistemas, no sólo por legislaciones como la aquí estudiada en el ámbito de la Unión Europea, sino también por influencia de otras dinámicas internas e internacionales, ya sea por el impacto que, aunque indirecto, tiene la jurisprudencia del TEDH¹⁷⁰⁶, muchas veces asumida acríticamente por los Estados sin considerar la diferencia de modelos que pueden

¹⁷⁰⁴ *Vid. supra* Cap. 7, epígrafe 3.1.

¹⁷⁰⁵ Esta «contracción» constitucional creo que ha llevado a una mutación restrictiva del espacio de *agere licet* político y ciudadano desde los propios orígenes de la Unión Europea, siendo particularmente visible en el plano de la constitución económico-financiera. Pues bien, a mi juicio esta influencia del concepto «material» de «Democracia», o, más aún, del carácter «militante» de la Democracia, supone otro paso, ahora sobre el *agere licet* de los propios ciudadanos, en ese proceso de «contracción» constitucional. Tanto que algún autor, como es el caso de J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación...», *op. cit., passim*, ha terminado sosteniendo que Europa ha impuesto un concepto material de Democracia.

¹⁷⁰⁶ Para ver las relaciones que mantiene la Convención Europea con el Derecho penal sustantivo, por ejemplo, *cfr.* F. VIGANÒ, «Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* [base de datos en línea], n. 1, 2007, pp. 42.

existir¹⁷⁰⁷, pero también de los Convenios Internacionales¹⁷⁰⁸. La concepción abierta quiebra ante la preeminencia de bienes jurídicos supraindividuales, como es esta suerte de «orden público ideal» de raigambre internacional¹⁷⁰⁹, al tiempo que se debilita ante la imposición de un «credo democrático» como límite o fin de las libertades¹⁷¹⁰. Cuando se dice: democracia, por supuesto; pluralismo y libertad de expresión, ciertamente; pero no caigamos en una democracia «ingenua»¹⁷¹¹ o «angelical»¹⁷¹². Visto nuestro reciente pasado, se sostiene que la Democracia debe armarse, o al menos exigir un liberalismo responsable. Se plantea esa «paradoja de la tolerancia» afirmada por POPPER¹⁷¹³ y frente a la democracia «abierta» se impone el concepto de «democracia protegida» o «militante»¹⁷¹⁴. ¿Hasta dónde resistir tan influyentes tendencias? ¿Dónde situar el punto de equilibrio entre la

¹⁷⁰⁷ Como expresa A. AMBROSI, «altro è dire che le leggi nazionali repressive non violano la Convezione, ed altro è riconoscerne la doverosità sul piano del diritto sovranazionale e la legittimità secondo i singoli ordinamenti costituzionali» («Costituzione italiana e manifestazione di idee...», *op. cit.*, p. 42). Sin embargo, no faltan autores que llaman a que países como España o Italia se adapten al modelo europeo más «cerrado» (así puede verse, por ejemplo, las conclusiones de CATALÁ I BAS en «¿Tolerancia frente a la intolerancia?...», *op. cit.* o en *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*). Tanto que, hasta cierto punto, como constata REVENGA SÁNCHEZ, la jurisprudencia constitucional en España ha ido avanzando en el sentido de acercarse a una democracia militante para evitar así nuestra «inocencia» democrática («Trazando los límites de lo tolerable...», *op. cit.*, p. 46).

¹⁷⁰⁸ En este sentido, afirma M. MANETTI, aunque reconociendo que las cosas no son así de simples, que «[s]i potrebbe dire che il diritto internazionale abbia così istaurato *ab externo* una protezione della democrazia anche là dove le Costituzioni nazionali non la prevedono» («L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 116). En sentido similar, sostiene en A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 286, que «[a] livello internazionale si sta invero affermando un principio di ordine pubblico ideale, che autorizza o impone l'incriminazione della propaganda razzista in sé e per sé considerata, a prescindere dal ricorrere di concreti atti discriminatori».

¹⁷⁰⁹ Así, por ejemplo, A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 230: «L'affermazione di un ordine pubblico ideale internazionale in Europa».

¹⁷¹⁰ A este respecto, *cfr.* A. DI GIOVINE, *I confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 121 y 122.

¹⁷¹¹ Así lo afirma el magistrado Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS en su Voto Particular a la Sentencia del TC 235/2007: «No se trata de favorecer la fórmula “de una democracia militante” pero si de impedir la conversión de las instituciones que garantizan la libertad en una “democracia ingenua” que llevara aquel supremo valor de la convivencia hasta el extremo de permitir la actuación impune de quienes pretenden secuestrarla o destruirla».

¹⁷¹² En este sentido lo calificaba, DI GIOVINE al concluir que «la realtà osservata senza pregiudizi insegna che è solo a un liberalismo angelicato (talvolta strumentalmente) che si può chiedere la tolleranza verso ogni e qualsivoglia forma di dissenso ideologico, in qualunque modo e in qualsivoglia circostanza espresso» (*I confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 88).

¹⁷¹³ *Cfr.* K. R. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2006.

¹⁷¹⁴ Para una presentación general de la protección de la democracia, *cfr.* A. DI GIOVINE, «La protezione della democrazia...», *op. cit.*, *in toto*.

afirmación de la dignidad humana y su fuerza como límite a las libertades¹⁷¹⁵? ¿Queremos ahora consagrar la «sacralidad» del «sentimiento democrático»? El equilibrio es complejo, pero lo que está claro es que hay que reclamar una respuesta reflexionada a partir de la necesaria deliberación académica, social y política, evitando así caer en un «papanatismo comparado»¹⁷¹⁶ que desconozca la esencia de los principios fundantes de nuestro modelo constitucional.

6. Reflexión conclusiva: la Democracia, una sociedad sin padre

La libertad de expresión, siglos después desde su reconocimiento original, y aun cuando se reconozcan sus límites, continua siendo la libertad del hereje, del disidente o del opositor político¹⁷¹⁷, es la libertad del impertinente y del crítico; de manera que es, como ninguna otra, la libertad de la «sociedad tolerante», por lo que su reconocimiento se unirá en una relación de proporcionalidad directa a la madurez y a la capacidad de autocontrol de la sociedad¹⁷¹⁸. Pero, ¿acaso no es el concepto en sí de Democracia el que pivota sobre la confianza en la madurez y responsabilidad de los ciudadanos? Fue KELSEN quien definió la Democracia como «una società senza padre»¹⁷¹⁹.

De manera que, ¿no estaremos traicionando tal concepción fundante de la Democracia con este género de delitos claramente paternalistas de la sociedad¹⁷²⁰?

¹⁷¹⁵ Como señala C. VISCONTI está todavía abierto «il difficile compito di trovare regole di coesistenza capaci di bilanciare in modo equilibrato la libertà di espressione e il bene dignità che si assume lesa dalle manifestazioni razziste» («Il reato di propaganda razzista...», *op. cit.*, p. 212).

¹⁷¹⁶ La expresión es de J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.*, quien, en relación con estos delitos, critica que parece que «nuestro país estuviera incapacitado para razonar jurídicamente de modo autónomo, sin necesidad de acudir al argumento de autoridad consistente en que eso es lo que se hace en otros países occidentales». Y concluye: «constituye un ejemplo más de cómo el derecho penal está dejando de ser el último instrumento del que dispone la sociedad para mantener el orden social».

¹⁷¹⁷ Como expresara C. FIORE: «L'uso della libertà è destinato, per sua natura, a turbare equilibri consolidati, e a promuoverne di nuovi: è funzione della lotta politica, e come tale deve essere inteso ed accettato: neppure il timore che la lotta politica possa, in un ipotetico futuro, oltrepassare i confini della legalità istituzionale potrebbe, quindi, legittimare la lesione attuale e permanente di un diritto di libertà» (*I reati di opinione, op. cit.*, p. 171).

¹⁷¹⁸ En este sentido, cfr. L. BOLINGER, *La società tollerante*, Giuffrè, Milán, 1992.

¹⁷¹⁹ Cfr. H. KELSEN, «Essenza e valore della democrazia», en *I fondamenti della democrazia*, 3ª ed., Il Mulino, Bologna, 1970, p. 176, y en español puede verse la edición de *De la esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., KRK, Oviedo, 2009. «Società senza padre» fue el título de la conferencia presentada en Viena por el psicoanalista Paul FEDEM en 1919 y publicada con el mismo título.

¹⁷²⁰ Como afirmara C. FIORE «l'uso che viene fatto attualmente di queste disposizioni, nei casi meno inquietanti suggerisce una versione paternalistica della democrazia e ne tradisce, quindi, l'essenza, caratteristicamente incompatibile con il principio di autorità» (*I reati di opinione, op. cit.*, p. 159).

Porque, como advirtiera C. FIORE, «un sistema penale in cui il pensiero critico trovi continuamente davanti a sé valori “sacri”, o comunque intangibili, resta una democrazia paternalistica; ma il paternalismo è l’esatto contrario della democrazia»¹⁷²¹. Lo que no se puede pretender es «trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infideli»¹⁷²². Amén de que tratar de mantener la democracia cuando el consenso democrático en una sociedad hubiera decaído, resulta en sí mismo contradictorio¹⁷²³.

Esta continua llamada a la «excepción», a la «protección» de nuestras democracias frente a sus enemigos ideológicos, puede terminar representando aquella tragedia griega donde la madre (democracia) termina por sacrificar a su más amada hija (la libertad)¹⁷²⁴.

En democracia hay otras posibles respuestas. Frente al discurso negacionista caben muchas otras medidas sociales e institucionales antes de llegar a la convicción de que resulte necesario dar tal golpe de «efecto» a través de un delito *ad hoc* que castigue este género de discursos¹⁷²⁵. Muy especialmente, si el Estado constitucional es un foro de pluralismo de ideas, aunque no se renuncie a «pretensiones de verdad», la reacción debe ser la educación y la formación, la

¹⁷²¹ C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 14.

¹⁷²² C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷²³ Porque, en definitiva, como expresa A. CERRI, «Libertà di manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, p. 1188, «[u]n Governo che pretendesse di restare al potere quando questo consenso fosse venuto meno, anche se per il prevalere di forze che contestano il sistema, non sarebbe più democratico». En este sentido, cfr. también C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 171) y ÍD., «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 16.

¹⁷²⁴ Así lo afirman S. CECCANTI y D. TEGA: «La riflessione del tipo che si è fatta dimostra che due concetti come quello di libertà e democrazia, l’uno declinazione dell’altro, possono, nel mondo contemporáneo, divenire protagonista di una sorta di tragedia greca in cui la “madre”, la democrazia, arriba a sacrificare la sua figlia più amata e necessaria, la libertà di pensiero e di associazione, in nome dell’autoconservazione» («La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un’esigenza può diventare un’ossessione», en A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Turín, 2005, p. 61). Aunque sea de soslayo, puede ser bueno recordar la advertencia que hiciera Isaiah BERLIN: «Hay una creencia que es, más que ninguna otra, responsable de la masacre de individuos en los altares de los grandes ideales históricos –justicia, progreso, la felicidad de las generaciones futuras, la sagrada misión de la emancipación de una nación, una raza o una clase, o hasta la libertad misma, que exige el sacrificio de los individuos por la libertad de la sociedad-» (*Dos conceptos de libertad*, 2ª, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 107).

¹⁷²⁵ Antes de ir a la sanción penal, como plantea P. CARETTI, habría que plantearse si se han desarrollado adecuadamente «gli obblighi che la Costituzione impone allo Stato (come comprensivo dell’insieme dei pubblici poteri) di realizzare una effettiva promozione dell’eguaglianza tra i diversi; elemento quest’ultimo non irrilevante ai fini dello sviluppo di un clima di reciproca conoscenza e tolleranza» («Manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, p. 126).

cultura más que la coacción jurídica¹⁷²⁶. Europa debe superar el miedo al nazismo y volver a recuperar la confianza en su sociedad¹⁷²⁷, y no creo que haya mejor forma para ello que sacar a la luz del sol estos execrables discursos para desinfectarlos¹⁷²⁸. ¿Entraña riesgos este camino? Por supuesto, pero es el riesgo inherente a abrazar la Democracia; y «es hora de confiar de nuevo» en ella¹⁷²⁹. En un momento particularmente delicado como el que se presenta en la actual crisis creo que hay que volver a confiar en la persona; hay que confiar en la sociedad; hay que creer que «*fortis est veritas*»¹⁷³⁰. Pero no es una confianza ciega, sino que se sustenta en el empeño por una labor de educación cívica¹⁷³¹.

¹⁷²⁶ Sobre los «principi, vie e procedure dello stato costituzionale come foro del pluralismo delle idee» y «il divieto della menzogna sacito dallo stato costituzionale» y la «pretese di verità», *cfr.* P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, pp. 85 y ss.

¹⁷²⁷ En este sentido, *vid.* P. R. TEACHOUT, «Making Holocaust Denial a Crime...», *op. cit.*, p. 668: «Más de sesenta años han pasado desde la II Guerra Mundial [...], uno se debe preguntar dónde se encuentran las razones imperiosas para enviar a prisión a aquellos que, por estupidez o malicia, quieren insistir en que el Holocausto nunca existió» [*More than sixty years have now passed since the end of World War II [...], one has to ask whether there are still today compelling reasons to send to prison for extended terms those who, for silly or malicious reasons, want to insist that the Holocaust never happened*].

¹⁷²⁸ Así, por ejemplo, Mr. Justice BRANDEIS: «La luz del sol es el mejor de los desinfectantes» [*sunlight is the most powerful of all disinfectants*] (*Cfr.* P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado...», *op. cit.*, p. 1).

¹⁷²⁹ Resultan en este punto muy expresivas las palabras de P. R. TEACHOUT: «Confiar en que las personas por sí mismas responderán a las demandas de aquellos que deniegan el holocausto entraña un cierto riesgo, pero abrazarse a la democracia entraña inherentemente también algunos riesgos. Es tiempo de volver a confiar en la democracia» [*Trusting in the people themselves to sort through and respond to the claims of those who deny the Holocaust entails a certain risk, but embrace of democracy inherently entails risks. It is time to trust again in democracy*] («Making Holocaust Denial a Crime...», *op. cit.*, p. 692)

¹⁷³⁰ Lema de la ciudad de Oxford. Y es que pudiera parecer, como afirma J. C. KNECHTLE, que «aquellos que apoyan esta legislación o bien no confían en la gente o bien no confían en la verdad» [*Supporters of this legislation either do not trust the people or do not trust the truth*] («Holocaust denial and...», *op. cit.*, p. 64).

¹⁷³¹ A favor de optar por la vía de la educación, la política y la sociedad, y no por el Derecho penal, afirma L. PECH: «las autoridades públicas deben sin embargo resistir a la tentación de usar la fuerza penal para “santificar” hechos claramente establecidos. Ello no quiere decir que no se pueda hacer nada contra las falacias de los negacionistas [...] En otras palabras, ellos deben concentrar sus energías y recursos en establecer y apoyar programas de educación e investigación, no sólo sobre el Holocausto, sino también sobre otros crímenes contra la humanidad, así como fomentar ceremonias para el recuerdo y apoyar la preservación de la memoria» [*public authorities should however resist the enticing temptation to use the force of criminal law to “sanctify” clearly established historical facts. This is not to say that nothing can and should be done to counter the genocide deniers’ fallacies [...] In other words, they would be advised to focus their energy and resources on establishing and supporting research and education programs, not only about the Holocaust, but also other genocides and crimes against humanity, as well as encourage ceremonias of remembrance and support the preservation of memorials*] («The Law of Holocaust Denial in Europe...», *op. cit.*, p. 51). En este sentido también, pueden verse: E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 173,

Es cierto que es un camino más largo y que obliga a tener que soportar «basura»¹⁷³², pero a la postre resultaría más seguro, porque al final no se puede sostener una democracia sobre «bayonetas»¹⁷³³. En este sentido creo que siguen valiendo las palabras de DE OTTO: «El orden constitucional no se defiende mediante la ilegalización de sus enemigos, sino con su propio funcionamiento correcto sobre una base social, económica y política adecuada, con el desarrollo de la primacía del derecho, con la creación de una conciencia constitucional, tareas todas ellas más arduas y esforzadas que la “defensa de la Constitución”, pero más acordes con el orden constitucional de cuya garantía se tra[t]a, al orden constitucional se

«[c]ontro i negazionismi occorre dunque percorrere una via, non cosí immediatamente visibile, e stigmatizzante come quella penale, ma certamente piú profonda, piú efficace e dunque piú legittima: la via lunga della politica, gli spazi vasti ed aperti della sfera pubblica, e non quelli chiusi e determinati delle aule di tribunale e della scrittura delle leggi»; o L. STORTONI, «Le nuove norme...», *op. cit.*, p. 20, «qualsiasi antidoto ai fenomeni di barbarie, quali quelli razzisti, non può che muovere da una reazione culturale e politica, in mancanza della quale lo strumento penale si rileva velleitario e votato all'insuccesso se non, addirittura, inutile surrogato o comodo alibi». También es muy contundente M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 680: «para evitar la formación de actitudes racistas hay sólo dos vías: la socialización y la educación. El racismo se combate educando en la enseñanza de los derechos humanos, mostrando los valores positivos de la interculturalidad, inculcando formas abiertas de convivencia y, sobre todo, eliminando desigualdades legales» –original en negrita-. En sentido similar afirma O. PÉREZ DE LA FUENTE, «Sobre el Holocausto...», *op. cit.*, p. 116, que «el ámbito más fecundo del *imperativo de la memoria* no es el jurídico, sino el filosófico, moral, pedagógico e histórico». En contra, por ejemplo, *vid.* P. BLOCH, «Response to professor Fronza's...», *op. cit.*, p. 643, para quien no basta con la respuesta cultural y educativa.

¹⁷³² Como señalara el Fiscal norteamericano H. JACKSON, «el precio de la libertad de religión, o de expresión, o de prensa, es que se debe aguantar una buena cantidad de basura» [*The Price of freedom of religion, or of speech, or of the press, is that we must put up with a good deal of rubbish*] (Cita tomada de J. M. DE LA ROSA CORTINA, «Negacionismo y revisionismo...», *op. cit.*, p. 6). En España nos advierte M. CARRILLO que «la sociedad abierta ha de conocer el pensamiento y la expresión del racista, del antisemita y del xenófobo, pero no hacerlo víctima de un sistema de libertades que el rechaza. El Estado no ha de impedir que la bajeza moral se exprese, antes al contrario, ha de permitir su publicidad» («La libertad y las expresiones miserables», *op. cit.*). En contra puede verse, por ejemplo, A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 225, para quien «[n]o hay que perder de vista que la difusión de la intolerancia es causa de violaciones de derechos fundamentales».

¹⁷³³ Comparto la reflexión de C. FIORE en este punto: «Nello scontro delle ideologie, del resto, non è compito dello stato democratico “proteggere” il popolo dalla propaganda avversa; ma, semmai, spetta al popolo di difenderlo (e di difendersi) dagli influssi disgregatori della comunità democratica: meno di ogni altra forma di governo, la democrazia politica può reggersi, alla lunga, sulle leggi penali, la polizia e i Tribunali, o “appoggiarsi alle sue baionette» (*I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 171). Aplicado al ordenamiento español pueden servir también las palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ: «Una democracia que se conciba a sí misma como estable no necesita intervenir con el Derecho penal frente a apologías difusas por debajo del umbral mínimo correctamente marcado en un principio en el Código penal de 1995 en la apología del artículo 18» («Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 1211).

defiende existiendo»¹⁷³⁴. Y si se llegara a la situación en la que ni siquiera esto fuera posible y la propia sociedad se viera incapaz de articular su propia defensa sin recurrir al castigo, puede ser que fuera entonces el momento de recordar las palabras de Stuart MILL: «Si la civilización ha prevalecido sobre la barbarie cuando la barbarie dominaba el mundo, es excesivo abrigar el temor de que la barbarie, una vez vencida, pueda revivir y conquistar la civilización. Para que una civilización pueda sucumbir así ante su enemigo vencido necesita haber llegado a un tal grado de degeneración que ni sus propios sacerdotes y maestros, ni nadie, tenga capacidad ni quiera tomarse el trabajo de defenderla. Si esto es así, cuanto antes desaparezca esa civilización mejor. No podría sino ir de mal en peor, hasta ser destruida y regenerada (como el impero de Occidente) por bárbaros vigorosos»¹⁷³⁵. Por lo demás, «dejar la respuesta a la historia»¹⁷³⁶.

«Yo de lo áspero me agrado
del monte, aunque den pesar
sus abrojos a mis pies. (BUEN GENIO)

Pues yo iré por el camino llano
gozando del fresco verano. (MAL GENIO)

La Inocencia escojo, pues,
para que vaya conmigo. (BUEN GENIO)»

(*El gran mercado del mundo*, Calderón DE LA BARCA, 350-355)¹⁷³⁷.

¹⁷³⁴ I. DE OTTO PARDO, *Defensa de la Constitución...*, op. cit., p. 58.

¹⁷³⁵ J. S. MILL, *Sobre la libertad*, 1ª ed., 9ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2009 pp. 176-177. Ed. Original: *On Liberty*.

¹⁷³⁶ Así lo concluye P. CALAMANDREI: «Forse, più che cercare una formula astratta che stabilisca in anticipo una specie di controllo costituzionale preventivo sui fini dei programmi dei partiti, bisognerà limitarsi, per ammetterli nella libera lotta politica, a richiedere che essi rispettino, nel condurre la lotta per la conquista del potere, i mezzi propri del metodo democrático: e per il resto lasciar la risposta alla storia» -las últimas cursivas son mías- («L'avvenire dei diritti di libertà», op. cit., p. XLII).

¹⁷³⁷ P. CALDERÓN DE LA BARCA, *El gran teatro del mundo / El gran mercado del mundo*, Cátedra, 21ª Ed., Madrid, 2012, p. 113.

CONCLUSIONI

Il discorso negazionista, inteso nel senso ampio come quelle manifestazioni che negano, banalizzano o giustificano un genocidio o altri gravi crimini costituisce senza dubbio un genere di discorso odioso. Per di più, il negazionismo dell'Olocausto mina le basi sulle quali si fonda la «memoria collettiva» europea, dal momento che dopo la II Guerra Mondiale l'Europa cercò di affondare le sue fondamenta in quell' «eredità culturale» ruotante intorno al riconoscimento della persona, della sua dignità e dei suoi diritti, e in tal senso l'accettazione e la memoria dei tragici eventi e delle loro vittime costituiva uno strumento importante per superare questo passato. Così, contro quegli «assassini della memoria» (VIDAL-NAQUET) -privi di un'«autentica» base accademica, mistificatori dei fondamenti propri della storiografia e sospinti o da motivazioni ideologiche spurie, semite o xenofobe, o dalla loro vicinanza ai regimi totalitari i cui crimini intendono giustificare- si è predisposta una risposta accademica, sociale e giuridica: seminari e lavori accademici, programmi educativi, giornate o musei in memoria delle vittime. Tuttavia, la risposta giuridica e politica al fenomeno del negazionismo, e in particolare della negazione dell'Olocausto, si è voluta estendere al Diritto penale: ciò che rappresenta l'oggetto di studio di questa tesi. Si è così attraversato un «confine pericoloso» nella lotta del Diritto contro il negazionismo, che ha comportato la creazione di nuovi reati di opinione che impongono al giurista una nuova riflessione sull'adeguatezza di una tale risposta.

Ecco perché in queste conclusioni intendo riassumere la risposta alle tre domande formulate in sede di presentazione, tre domande-guida in questo vasto lavoro: in primo luogo, il discorso negazionista può trovare una tutela *prima facie* nella libertà di espressione in un sistema aperto e personalista e quali potrebbero essere le «regole» che fungano da criterio per limitare questo tipo di manifestazioni? Ammesso che questo discorso può essere limitato e tenendo in considerazione la volontà del legislatore di rispondere attraverso il diritto penale a questo fenomeno, la seconda questione potrebbe essere allora: Come si potrebbe costruire un reato rispettoso dei principi penali e costituzionali che specificamente incrimini questo tipo di comportamento? Tuttavia, poiché credo che la missione del giurista non deve solo limitarsi al tentativo di definire tecnicamente la decisione politica, mi permetto di introdurre un'ultima domanda: è adeguata o meno una politica criminale che porti a creare un reato specifico di negazionismo?

Occorre considerare, prima di rispondere in modo esaustivo alle domande poste, la difficile caratterizzazione sociale del discorso negazionista e riconoscere

la dannosità sociale di questo tipo di discorso. Qualunque passato può essere «rivisto» e il bisogno imprescindibile di una memoria collettiva allo stesso tempo non può rappresentare un pretesto per sbarrare le porte ad un legittimo dibattito accademico, ma nel caso dei negazionisti dell'Olocausto, sembra esserci un consenso sull'assunto che tale discorso, dati gli assiomi, le fonti e i metodi di cui si avvale, non può considerarsi fondato su canoni accademici. Orbene, a tale conclusione si può giungere non solo ponendo attenzione al contenuto del discorso negazionista (che nega o pone in discussione certi crimini e in particolare l'Olocausto), ma attraverso un'analisi della sua metodologia. Per un altro lato, il discorso negazionista si caratterizza per una forte componente ideologica, che nel caso del negazionismo dell'Olocausto è saldamente vincolata all'antisemitismo. Approfondendo lo studio del fenomeno si osserva come il discorso negazionista (in generale) si presenta in molte forme: da quelle che si avvalgono di metodi «pseudo-scientifici» per cui solo una meticolosa analisi della loro metodologia permette di distinguere tra i revisionisti storici, e coloro che presentano solo un discorso nettamente politico (filo-nazista, filo-comunista, o neo-fascista); può trattarsi di discorsi che negano in forma radicale questi crimini, o sminuendoli notevolmente o riconoscendoli come «giusti» o «necessari». Si tratta, per di più, di un discorso che in molti casi si lega al «discorso dell'odio», anche se in questo lavoro si è cercato di evidenziare le differenze tra le due individuate categorie: e, mentre il discorso dell'odio si definisce per il suo carattere offensivo e per la sua potenzialità denigratoria suscitante sentimenti di odio, il discorso negazionista si identifica per il contenuto proprio del discorso – negazione o giustificazione di un delitto-. Fatta tale preliminare distinzione, si è preferito ulteriormente differenziare tra un «discorso negazionista neutro», che non rivestirebbe alcuna carica offensiva da un «discorso negazionista qualificato», che può includersi in quelle manifestazioni che per il loro contenuto, intenzionalità e contesto possono risultare o vessatorie o provocatorie: una distinzione che obbliga all'analisi in concreto di ciascuna manifestazione, senza che sia possibile distinguerle *a priori* sulla base di criteri come la eventuale inclusione di giudizi di valore o la loro riconducibilità a mere negazioni di fatti, giacché data la complessità di tali discorsi, questo tipo di distinzioni tendono a generare confusione.

Partendo da qui, ***il discorso negazionista deve ricevere tutela prima facie in forza della libertà di espressione in un ordinamento aperto e personalista?*** Bene, in questo studio si sostiene che nella «città aperta», in un modello costituzionalista aperto e personalista come quello spagnolo o italiano, che precisamente si caratterizzano perché chiunque può esercitare la libertà di «manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento» (NUVOLONE), e che

«senza discriminazioni tra “verità” o “non verità” ufficiali o di Stato” non tollera limiti di ordine ideologico» (MANTOVANI), il discorso negazionista, incluso il negazionismo dell'Olocausto – deve intendersi *prima facie* protetto dalla libertà di espressione. Il Tribunale Costituzionale spagnolo ha riconosciuto molto chiaramente, in relazione al discorso negazionista che «il nostro ordinamento costituzionale si fonda sulla più ampia garanzia dei diritti fondamentali, che non possono limitarsi per la ragione che si utilizzino con finalità anticostituzionale» (STC 235/2007, FJ.4º). A conclusioni simili si potrà giungere, a mio giudizio, dalla prospettiva dell'ordinamento costituzionale italiano, dove non si ritiene meritevole di pena la «semplice manifestazione ed incitamento alla persuasione della verità di una dottrina ed ideologia politica o filosofica» (Sent. Cort. Cost. 108/1974, in relazione al delitto di incitamento all'odio tra le classi sociali - art. 415 cp. It), per cui credo che ne derivi che la libertà di espressione debba tutelare almeno ad un primo livello qualsiasi discorso per quanto odioso risulti il suo contenuto. Lo stesso Comitato dei diritti umani dell'ONU¹⁷³⁸ ha avvertito sui rischi che la legislazione anti-negazionista comporta per il pieno soddisfacimento della libertà di espressione, per cui implicitamente si riconosce che la sua tutela può essere messa potenzialmente in discussione.

Non è questa la visione della Corte EDU che, dalla prospettiva «militante» della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, interpretata nella sua forma più incisiva ha «ghigliottinato» *de plano* questo tipo di discorso in applicazione diretta dell'art. 17 della CEDU: la libertà di espressione non può essere invocata in senso contrario all'art. 17 CEDH e il nazionalsocialismo «è una dottrina incompatibile con la democrazia e con i diritti umani» e suoi aderenti perseguono fini come quelli riferiti all'art. 17¹⁷³⁹: una conclusione che a partire dal caso Roger Garaudy c./Francia (2003) la Corte europea applicherà come una esclusione «*ratione materiae*» al discorso negazionista dell'Olocausto, al quale attribuisce «la finalità reale di una riabilitazione del regime Nazional-socialista», e che considera come «una delle più serie forme di diffamazione razziale degli ebrei e di incitamento all'odio contro di loro»¹⁷⁴⁰. La Commissione Europea era stata più cauta nel suo argomentare, realizzando altresì una ponderazione con la libertà di espressione attraverso un triplice test¹⁷⁴¹, o secondo un test «minimo» nell'applicazione dei

¹⁷³⁸ Comunicazione n° 550/1993: France, CCPR/C/58/550/1993, 16/12/1996, assunto R. Faurisson e Commentario Generale n° 34 sull'art. 19.

¹⁷³⁹ Caso Hans Jorg Schimanek c./Austria (2000).

¹⁷⁴⁰ Posizione indirettamente ratificata nei casi Bruno Gollnisch c./Francia (2011) e Perinçek c./Svizzera (2013).

¹⁷⁴¹ Casi X c./Germania (1982) e caso T. c./Belgio (1983).

limiti dell'art. 10 CEDH in relazione alla clausola di abuso del diritto contenuta all'art. 17¹⁷⁴².

La posizione della Corte europea per quanto riguarda il discorso negazionista contrasta anche con quella espressa dalla stessa in altri casi di revisionismo storico relativi alla seconda Guerra Mondiale, non direttamente legati ai crimini nazisti¹⁷⁴³, alla giustificazione di altri crimini di guerra¹⁷⁴⁴, e alla negazione di altri genocidi¹⁷⁴⁵, che sono stati risolti dalla Corte attraverso il suo triplice test per verificare la giustificazione di un'interferenza nella libertà di espressione, affermando che in quanto, in tali casi, si trattava di questioni di interesse pubblico le restrizioni dovevano essere analizzate rigorosamente, giungendo a sostenere che le società debbano incoraggiare il dibattito così «aperto e spassionato».

Ho quindi criticato quanto di apodittico vi è nell'argomentazione sul perché l'Olocausto sia un «fatto storico chiaramente stabilito» e non altri, e come si può rendere compatibile una dualità di visione per cui, da un lato, la Corte ha riconosciuto che «la ricerca storica è per definizione controversa e polemica, e incapace di pervenire a conclusioni definitive o a verità oggettive ed assolute», e, al tempo stesso dichiarare l'intangibilità della condanna dei crimini nazisti¹⁷⁴⁶. Allo stesso tempo si è evidenziata la leggerezza con cui la Corte applica l'art. 17 CEDU, basandosi sul mero contenuto di un discorso e su una presunta intenzionalità contraria ai valori della Convenzione (presunta nel caso del negazionismo dal negare tali «fatti chiaramente stabiliti»). E, infine, si è criticato la conclusione della Corte secondo cui i negazionisti perseguono sempre tali finalità consistenti nella riabilitazione del regime nazista (che, come già osservato nello studio del fenomeno, non corrisponde sempre a realtà). Così, la Corte identifica un tipo di discorso, il negazionismo dell'Olocausto, che, in contraddizione con quanto la Corte afferma come «fatto chiaramente stabilito» intende nascondere un intento razzista, espressione di un'ideologia contraria ai valori e principi della Convenzione e che potrebbe innescare azioni o movimenti che compromettano i diritti e le libertà della stessa.

¹⁷⁴² Casi B.H., M.W., H.P. e G.K. c./Austria (1989); Walter Ochensberger c./Austria (1994), Otto E.F.A. Remer c./Germania (1995); Gerd Honsik c./Austria (1995); Nationaldemokratische Partei Deutschlands c./Germania (1995); Marais c./Francia (1996); Irving c./Germania (1996) e Heerwig Nachtmann c./Austria (1998).

¹⁷⁴³ Casi Lehideux y Isorni c./ Francia (1998); Chauvy y otros c./Francia (2004); e Monnat c./Svizzera (2006).

¹⁷⁴⁴ Caso Orban y otros c./Francia (2009).

¹⁷⁴⁵ Caso Perinçek c. Svizzera (2013).

¹⁷⁴⁶ Caso Perinçek c. Svizzera (2013).

Inoltre, si è contrapposta questa giurisprudenza con quella relativa ad altri discorsi incompatibili con i valori democratici (quali il «*hate speech*», le espressioni che incitano alla violenza o alla resistenza armata, alla tutela dei sentimenti politici e religiosi e alla messa al bando di partiti politici) e si è posto in evidenza come, sebbene la Corte europea mantenga un atteggiamento impegnato in difesa della democrazia e si mostri incline a giustificare sanzioni contro le manifestazioni che attentino ai valori della democrazia, normalmente lo fa attraverso un esame rigoroso del contenuto, dell'intenzione e del contesto del discorso, al fine di valutarne l'effettiva pericolosità, il carattere minaccioso o umiliante: si richiede un «pericolo reale e presente»¹⁷⁴⁷; si valuta l'effettiva pericolosità in casi di discorso di odio¹⁷⁴⁸; e al di là del programma politico si richiedono prove idonee a dimostrare un «rischio di attacco alla democrazia» nella messa al bando dei partiti politici¹⁷⁴⁹. Così la dottrina del «grosso calibro», con la quale la Corte applica autonomamente l'art. 17 quasi a riservare la sua applicazione esclusivamente al discorso intorno all'Olocausto, anche se quest'ultima è stata eccezionalmente estesa anche ad altri discorsi dal «contenuto» e dai «fini» razzisti, antisemiti e islamofobici¹⁷⁵⁰. In ogni caso, sembra emergere come per la Corte europea temi quali il razzismo e la xenofobia, e soprattutto, il nazionalsocialismo e l'Olocausto si elevino ad un «tabù ideale» che non può essere messo in discussione e che reclamano, alla luce della nostra storia recente, l'intervento più forte. La domanda è quindi in che misura dovrebbe servire quale «punto di riferimento» tale giurisprudenza in modelli costituzionali tanto distinti, profilandosi il rischio concreto di incorrere in un «papanatismo comparato» che possa mutare il significato più profondo dei nostri ordinamenti costituzionali indirizzandoli verso una «restrizione» della «città aperta».

D'altra parte, anche all'interno di questa delimitazione *prima facie*, non condivido l'assunto per cui il discorso negazionista possa escludersi dalla protezione in caso di negazione dei crimini sulla base dell'argomento che si tratta di una dichiarazione di «fatto», e perciò suscettibile di essere sottoposto alla prova della sua «verità» quale limite interno alla stessa libertà, come ha affermato la Corte costituzionale federale tedesca (BVerfGE 90, 241-255). Se è già di per sé discutibile in un sistema di tipo aperto l'assunto per cui la verità può essere riconosciuta come limite interno alla libertà di pensiero, tale assunto diviene ancor più questionabile quando il discorso negazionista viene riferito a «fatti storici» e

¹⁷⁴⁷Casi *Sürdek c./Turchia* (1999) o *Vajnai c./Ungheria* (2008).

¹⁷⁴⁸Casi *Féret c./Belgio* (2000); *Gündüz c./Turchia* (2003) o *Soulas e altri. c./Francia* (2008).

¹⁷⁴⁹Caso *Refah Partisi e altri c./Turchia* (2003).

¹⁷⁵⁰Casi *V. A. Molnar c./ Rumanía* (2012), *P. Ivanov c./ Russia* (2007), *M. A. Norwood c./UK* (2004).

non alla verità oggettiva fondata su fatti concreti. Il discorso negazionista, pur tuttavia, è un discorso complesso in cui, insieme alle dichiarazioni di fatto sono spesso incluse opinioni e valutazioni soggettive. Ciò è stato ben compreso sia dalla Corte Suprema del Canada (Regina v Zundel, [1992] SCR 731) sia dalla Corte costituzionale spagnola (STC 235/2007, FJ. 4°). Inoltre, nel caso di discorsi negazionisti pseudo-scientifici, ho sostenuto che solo un'attenta supervisione della metodologia potrà discernere la questione se si tratti di una ricerca scientifica- per quanto eccentrica- oppure di una frode che non può considerarsi esercizio della libertà scientifica.

In ogni caso, ripeto quanto detto in precedenza per cui il discorso negazionista deve essere *prima facie* protetto dalla libertà di espressione in un ordinamento aperto e personalistico. Orbene, dal momento che il riconoscimento della libertà non è assoluto, la seconda domanda relativa alla possibilità di limitazione di questo discorso sorge spontanea.

Quali potrebbero essere le «regole» che servano da criteri per limitare questo genere di manifestazioni? Per rispondere a questa domanda ho cercato di sviluppare nel lavoro due aspetti: da un lato, quali beni o valori possono giustificare un limite alla libertà di espressione (perché, anche se si ammette che, in generale, qualsiasi bene o valore costituzionale giustifica – anche se implicitamente – la fissazione di un limite ad altri diritti o libertà, tuttavia ho sostenuto che vi è un certo ordine assiologico che deve essere quanto meno considerato nel valutare l'adeguatezza dei limiti alla libertà) e, d'altra parte, ho indagato nella possibilità di trovare "linee guida" o "regole" che generalmente possano definire il giudizio di bilanciamento astratto che il legislatore dovrebbe seguire quando stabilisce il limite ad una norma (tali "linee guida" dovrebbero essere elementi astratti che caratterizzano l'offensività di una condotta tipizzata).

Così, ho sostenuto che la libertà di espressione *può essere limitata per tutelare beni individuali di carattere personalistico quali l'onore e la dignità umana* (intesi nel senso individuale), mentre, al contrario, *rifiuto* l'idea che nell'ordine personalistico e aperto *possano venire riconosciuti come potenziali limiti beni sovraindividuali a contenuto ideale, quali l'ordine pubblico, la pace pubblica, la moralità pubblica o la dignità umana*, intesa in senso «collettivo». Questi ultimi sono valori con una forte connotazione politico-sociale e senza contorni precisi, che, per essere ammessi come limite, porterebbero a negare la protezione costituzionale alle espressioni di mera contraddizione «ideale» o «formale» rispetto a quegli ideali sociali o giuridici. Anche se importante dottrina lo ammette, non mi sembra opportuno utilizzare un concetto di ordine pubblico in senso materiale e oggettivo,

in quanto questo rimane un bene molto difficile da comprendere e dai contorni vaghi con un notevole potenziale anti-liberale.

Per quanto riguarda le «regole» o «linee guida» che definirebbero l'offensività della condotta giustificando l'esclusione dalla tutela costituzionale, ho sostenuto che il discorso negazionista può essere privato della protezione quando diventa *offensivo, denigratorio o umiliante* nei confronti di una persona o di un gruppo sociale, compromettendo così il loro onore e dignità, sempre da una prospettiva personalistica e individuale; o se risulta *minaccioso*, se compromette la libertà e la sicurezza personale; e altresì credo che tale esclusione sarebbe giustificata qualora il discorso *riveli per la sua forza provocatoria un pericolo reale e certo tale da portare alla commissione di reati o fatti illeciti puniti a protezione di beni di rango costituzionale*. Questo evita di dover ricorrere all'ordine pubblico come bene giuridico degno di protezione di fronte alla libertà di espressione, ma si ammette che quest'ultima può essere limitata quando si tratta di una provocazione che mette in pericolo beni o valori costituzionali specifici (quindi si concede che è punibile non la provocazione a qualsiasi fatto illecito ma solo a quelli posti a tutela di beni costituzionali, senza che ciò comporti la proibizione di provocazioni generiche a sovvertire la «legalità» o l'«ordine costituzionale»).

Fatte tali premesse, avendo stabilito che l'intenzione del legislatore è quella di dare una risposta specifica penale a questo tipo di discorso, la domanda successiva a cui si è cercato di rispondere in tale lavoro è: ***Come si può forgiare una fattispecie di reato rispettosa dei principi costituzionali e penali che specificamente incrimini questo tipo di discorso?*** Argomentando dalla decisione quadro 2008/913/JAI emerge come questa ha avuto un ruolo armonizzatore molto modesto, che era prevedibile data la varietà di possibilità nella configurazione della fattispecie che si rendevano plausibili. Una normativa europea di «compromesso» costruita per «alluvione» raccogliendo le visioni dei diversi Stati, come si vede dal lungo pellegrinaggio legislativo iniziato dalla proposta della Commissione nel 2001 dove sono emerse le diverse sensibilità giuridiche e sociali esistenti su questo tema (dalla spinta tedesca all'incriminazione del negazionismo -specialmente dell'Olocausto-, alla preoccupazione dei paesi dell'Europa dell'est di dare una risposta ai crimini commessi dal regime sovietico o alla riluttanza degli anglosassoni e dei paesi scandinavi in forza di un più ampio riconoscimento della libertà di espressione). Qualcosa che già, come è stato messo in discussione in questo lavoro dovrebbe portare a considerare l'opportunità di intraprendere una vera e propria armonizzazione a livello europeo. Per quanto concerne la sua ricezione da parte degli Stati si può distinguere, in via generale, tra un «modello tedesco» di delitto che ruota intorno al tipo denominato «menzogna di Auschwitz» (*Auschwitzlüge*), e che si caratterizza per la punibilità della negazione o della

banalizzazione dei crimini nazisti come figure di pericolo astratto-presunto contro l'ordine pubblico¹⁷⁵¹; il «modello francese», che punisce la messa in discussione dei crimini della II Guerra Mondiale giudicati da un tribunale; un modello eclettico seguito dai paesi dell'Europa meridionale¹⁷⁵²; i paesi dell'Est che hanno optato per portare l'incriminazione del negazionismo aldilà dei crimini nazisti e con particolare accento sui crimini sovietici¹⁷⁵³; e poi ci sarebbero anche quegli altri paesi che non sono ricorsi ad un tipo penale specifico¹⁷⁵⁴. Nonostante ciò, la classificazione più utile dei modelli di incriminazione si deve distinguere in due tipi: a) In funzione dei delitti negati che si puniscono¹⁷⁵⁵; b) In funzione della formulazione offensiva del tipo penale¹⁷⁵⁶. Aldilà delle frontiere europee si è considerato anche l'ordinamento svizzero in cui il reato è stato incorporato nel 1995 e in cui si sanziona il negazionismo che denigri o attenti la dignità umana; e anche Israele che è stato il primo paese che nel 1986 approvò la «*Denial of Holocaust (prohibition) Law*» per cui si punisce l'Olocausto.

Bene, nel momento di proporre uno specifico delitto di negazionismo il più rispettoso possibile con la linea imposta dalla Decisione quadro europea e allo stesso tempo conforme ai parametri propri di un ordinamento costituzionale, in primo luogo si costata l'irrisolvibile deficit di tassatività che la condotta negazionista presenta, data la ampia gamma di azioni tipiche. Infine, se si vuole

¹⁷⁵¹ Germania (1994), Austria (1992), e Belgio (1995).

¹⁷⁵² Portogallo (1995); Spagna (1995); Cipro (2004) e Malta (2009).

¹⁷⁵³ Polonia (1998); Repubblica Ceca (2005-2011); Repubblica Slovacchia (2011); Ungheria (2010); la Repubblica Slovenia (2008); Lettonia (2009); Lituania (2010); Romania (2002); e Bulgaria (2011).

¹⁷⁵⁴ Attualmente non hanno un delitto specifico anti-negazionista Grecia, Italia (attualmente è in corso un procedimento parlamentare per la sua inclusione), Paesi Bassi, Regno Unito, Irlanda, Danimarca, Svezia, Finlandia ed Estonia.

¹⁷⁵⁵ Si può distinguere tra quei paesi che solo puniscono il negazionismo dei crimini nazisti (Germania, Austria, Francia e Belgio), quelli che puniscono anche il negazionismo dei crimini sovietici oltre che di quelli nazisti (Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria) e quelli che hanno esteso la sanzione a qualsiasi altro crimine contro la Comunità Internazionale (Lussemburgo, Cipro, Repubblica Slovacca, Repubblica Slovenia, Lettonia, Lituania, Romania, Bulgaria e Spagna).

¹⁷⁵⁶ In questo caso si è differenziato tra quei paesi che hanno punito *le condotte negazioniste senza nessuna altra qualificazione*: A) riferiti solo ai crimini della seconda Guerra Mondiale (Belgio, Francia, Austria, Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria); B) in generale per qualsiasi crimine contro la Comunità Internazionale (Spagna, Lussemburgo, Repubblica Slovacca, Repubblica Slovenia e Lettonia). Mentre altri ordinamenti hanno optato per includere nella propria formulazione della *condotta tipica la qualificazione offensiva dello stesso*: A) per la sua idoneità provocatoria (Germania, che esige che le condotte siano in forma «adeguata a turbare la pace pubblica»; Bulgaria stabilisce che le condotte negazioniste saranno punite quando siano di una forma tale «che crei un pericolo di violenza e di odio» contro un gruppo obiettivo; e Spagna nella proposta di riforma del Codice penale che prescrive che saranno punite «quando in questo modo si promuova o favorisca un clima di violenza, ostilità odio o discriminazione» contro certi gruppi o loro membri); B) per il loro carattere insultante o vessatorio (Portogallo); C) per entrambi (Cipro, Malta e Lituania).

incriminare questo discorso, data la complessità dello stesso, occorre procedere al riconoscimento di una vasta tipizzazione di azioni (negare, giustificare, banalizzare, etc.), e per di più, la punibilità delle stesse si estende non solo all'Olocausto o ai crimini nazisti, ma anche genericamente a qualsiasi altro crimine contro la Comunità Internazionale. D'altra parte, sembra imprescindibile che tali condotte si puniscano solamente quando siano «pubbliche» e dirette contro certi «gruppi obiettivi» o loro membri particolarmente sensibili, anche se non ho ritenuto opportuno che si includa la clausola francese, rendendo punibile così il negazionismo dei crimini riconosciuti giudizialmente (creando così differenze non necessarie tra vittime quando ciò che conta è la particolare sensibilità di questi gruppi obiettivi).

Inoltre, il cuore della problematica costruzione di questi principi risiede nella delimitazione dell'offensività della condotta tipica. Seguendo le linee guida segnalate riguardo alla limitazione costituzionale dei beni in conflitto ma avendo riguardo alla specificità dei principi penali che devono presidiare la formulazione di un tipo penale, ho considerato inammissibile la formulazione del tipo penale presumendo la pericolosità di qualsiasi manifestazione negazionista o l'offensività «in sé» di questo discorso. Non credo che esista una base razionale per dedurre *ex lege* la pericolosità del discorso negazionista nè il suo carattere insultante o vessatorio. Tanto ciò è vero che ho messo in evidenza come i distinti tribunali costituzionali, chiamati a pronunciarsi sui delitti formulati in questo senso, hanno terminato per «manipolare» gli stessi esigendo che i giudici verificchino una certa carica offensiva delle condotte (così, in particolare STC 235/2007 e la sentenza della Corte di Arbitrato belga del 12 luglio del 1996).

Nello stesso senso si critica la formulazione di questo tipo penale per il suo carattere provocatore (nel senso improprio). In primo luogo, perché il discorso negazionista per la sua propria natura solo può supporre un «incitamento velato» (o indiretta), per cui sarebbe difficile argomentare sulla pretesa oggettività di tale carattere, e anche dal punto di vista dell'elemento soggettivo vi sono ugualmente dubbi intorno all'esatta qualificazione del dolo (dolo generico, istigatore, apologeta...). Allo stesso tempo, si potrebbero estendere a questa fattispecie penale così costruita le critiche generali che la dottrina ha formulato su quelle forme di provocazione autonoma (tipi penali paternalisti che sganciano i criteri di imputazione penale dai fatti e in cui la soglia di punibilità si anticipa ad un momento in cui non è neppure iniziato l'*iter criminis* con il rischio di punire mere attitudini interne). Stando così le cose, il rifiuto di tale impostazione è assoluto, laddove si pretenda di formulare tali delitti quali «reati di clima» o di semplice perturbazione dell'ordine pubblico per un'asserita pericolosità potenziale della condotta (o come una «sorta» di reato di pericolo astratto con una presunzione

iuris tantum di offensività). Sia per l'inammissibilità di un bene sopraindividuale quando è in gioco la libertà di espressione, sia per l'estrema anticipazione della soglia di punibilità, sia per l'indeterminatezza del giudizio di offensività, tale impostazione deve essere rigettata. Per tanto, se si intende qualificare tale reato per il suo carattere provocatore, è preferibile, pur non nascondendo i problemi che presenta, configurare la fattispecie richiedendo il prodursi di un pericolo «certo» e «imminente» di commissione di atti criminali di discriminazione o violenza contro un gruppo sociale o i suoi membri. Allo stesso tempo, si rifiuta la possibilità di configurare un reato a «dolo specifico di offesa».

E, in definitiva, ritengo che la migliore delle possibili soluzioni potrebbe essere vincolare la punibilità del delitto di negazionismo al suo carattere vessatorio e dispregiativo (verificato in concreto) contro un gruppo sociale o dei suoi membri, e altresì verificare la sussistenza di un dolo specifico (di promuovere un clima di ostilità). In questo modo, la fattispecie penale si porrà in relazione con la tutela dei beni quali l'onore e la dignità umana, quali beni della individualità personale e, al medesimo tempo potrà ritenersi incluso nella legislazione propria contro il razzismo e la xenofobia. In concreto, ho proposto la seguente formulazione:

«Chiunque, con l'intenzione di promuovere un clima di ostilità contro un gruppo sociale o i suoi membri individuati in base alla razza, colore, religione o all'ascendenza o origine nazionale o etnica, pubblicamente neghi, banalizzi in maniera grossolana o giustifichi il genocidio, i crimini di guerra o i crimini contro la pace o l'umanità, in forma dispregiativa o vessatoria, sarà punito con la pena alla reclusione fino a 2 anni e/o con una multa».

Tuttavia, considero questa proposta come un «*malis minor*», per cui si rende necessario affrontare l'ultima delle domande: ***E' conveniente o adeguata una politica criminale che crei uno specifico reato di negazionismo?*** La mia conclusione è negativa, per vari ordini di ragioni: in primo luogo, perchè le condotte «autenticamente» offensive di negazione o giustificazione dell'Olocausto possono essere ricondotte a quelle forme di delitto già presenti nell'arsenale tipico dei nostri ordinamenti senza che si renda necessaria la creazione di un tipo specifico (delitti di ingiuria, di istigazione al delitto, incluse le figure proprie della legislazione anti-razzista). Secondo, perché con il delitto di negazionismo si puniscono condotte che si estrinsecano nell'esercizio di una libertà fondamentale, determinandosi così una zona grigia laddove all'ingresso dello *ius puniendi* si genera un'indiscutibile «effetto dissuasore» che deve essere valutato. Terzo,

perchè la stessa maggioranza della comunità scientifica ha mostrato una forte attitudine a contrapporsi essa stessa a questo tipo di discorso, senza necessità che intervenga lo Stato, giacché l'intervento pubblico potrà condurre a «delegittimare quella stessa verità storica» («Contro il negazionismo per la libertà di ricerca»). In quarto luogo, si deve considerare anche l'effetto di «vittimizzazione» che provoca la sanzione penale sui negazionisti, che infine terminano per erigersi a paladini della libertà e inoltre si dà spazio a coloro che sostengono teorie cospiratorie: si sa che il proibito invita. E infine, tali delitti risultano generalmente inefficaci in un mondo globalizzato da Internet, e laddove il ricorso ai tribunali presenta un'elevata componente di incertezza e l'assoluzione può assumere il significato di una legittimazione del proprio discorso.

Ma, più che l'inadeguatezza di questa politica, si è costatato come la risposta penale al negazionismo dell'Olocausto, da cui nasce in realtà questa legislazione che poi si è estesa al negazionismo di altri crimini, si fonda sulla volontà di offrire un «gesto forte» di riaffermazione di valori fondamentali della nostra democrazia dalla forte carica «simbolica». Si tratta, in ultima analisi, di «consacrare» attraverso il Diritto penale valori intangibili, in una «huida hacia el Derecho penal» [fuga verso il Diritto penale] che gli fa perdere la sua finalità autenticamente sanzionatoria (VIVES ANTÓN). Si usa il Diritto penale come «uno strumento di santificazione dell'anima» (F. CARRARA). In questo senso, credo che il delitto di negazionismo non rappresenti un'eccezione, ma costituisca il paradigma di un nuovo diritto penale e in particolare dei nuovi reati di opinione che si forgiavano in una «società del pericolo», timorosa ed intollerante. Un Diritto penale, che in forza della sua prima funzione «preventiva», per cui si anticipano le soglie punitive, preferisce tutelare beni giuridici sopraindividuali e forme di offesa basate sulla pericolosità (incluso astratta o presunta). Si passa così a un «Diritto penale della gestione del rischio» (SILVA SÁNCHEZ), a quello in cui si vuole «aplastar a la serpiente en el huevo» [schiacciare il serpente nell'uovo] (MARTÍNEZ SOSPEDRA). Infine il Diritto penale rompe con i legami propri dello Stato delle libertà e si avvicina al Diritto penale del nemico permanente e generalizzato, in cui si impongono le ragioni della sicurezza e si materializza un continuo stato di emergenza nello spazio della democrazia. Una società, insofferente di fronte alla sua debolezza e incapace di rispondere ad un discorso che «avvelena» i suoi valori fondamentali, sente che ha perso fiducia in ogni altro strumento di tutela: solo gli rimane il Diritto penale

Il cavallo di Troia ha aperto le sue porte (C. FIORE), quei delitti di matrice fascista che erano rimasti dentro la «città aperta» (come è il caso dell' art. 414 e 415 Cp. it. e o la reminiscenza del delitto di apologia nell'ordinamento spagnolo), sono ritornati in auge e dottrina e giurisprudenza devono impegnarsi nuovamente

nell'intento di depurare questi tipi penali dai tratti anti-liberali. Reati che invocano una nobile giustificazione e si fondano sulla protezione di alti valori, *in primis* quello della «dignità umana». Tuttavia, credo che nel momento in cui si attribuisce alla dignità umana una dimensione sociale e la si afferma come «meta-valore», questa si tramuta in una sorte di «ordine pubblico costituzionale», ugualmente pericoloso per la libertà. Così intesa, la dignità umana si presenta ora, in questo genere di legislazione, come anticamente era stato il prestigio delle Istituzioni, della Nazione o della Religione, che reclamavano una maggiore protezione di fronte a beni giuridici personalisti. Con gli antichi delitti di vilipendio si sintetizzavano, come accade ora con questi nuovi delitti, le offese al sentimento comune della società (la religione di Stato, il sentimento nazionale), con l'ulteriore considerazione che tali attentati all'ideale collettivo finivano per alterare la sensibilità sociale e porre in pericolo l'ordine pubblico e la pace. Orbene, nella società post-moderna dove il simbolo dell'identità sono propriamente elementi di differenza e distinzione, non già la bandiera nazionale o la religione unica, ritornano alla ribalta questi nuovi limiti e reati posti a tutela di beni superindividuali, ora dei sentimenti e percezioni dei gruppi sociali o dei collettivi, con uguale connotazione iliberale.

Si osserva come democrazie aperte come la spagnola e l'italiana, le quali non sono neutre né possono essere tacciate di «nichilismo», nello stesso tempo risentono di una contrazione del loro carattere aperto, specialmente per l'influenza internazionale ma anche per le proprie dinamiche interne. Si impone una visione restrittiva di fronte alla concezione originaria di quei paesi che preferirono avere «speranza» e «fiducia» (C. ESPOSITO) nella «maturità» della loro cittadinanza e, pertanto optarono per «tollerare l'intollerabile» (nell'ambito della «lotta delle idee»), senza necessità di «sedare» la loro democrazia di fronte alle opinioni contrarie ai suoi valori sociali.

Come riflessione conclusiva, si è voluto gettare una lancia a favore della concezione aperta della nostra democrazia, piena di valori ma tollerante con tutte le visioni (incluso quelle nocive ed esecrabili); una democrazia che continua a sperare, ma che non è cieca, e che si profonde in un impegno costante di educazione civica. Perché, in definitiva, credo, riprendendo KELSEN, che la democrazia debba essere una «società senza padre». Non si possono imporre penalmente «valori sacri» (C. FIORE) che finiscano per «trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dogmi da garantire contro gli infedeli» (C. ESPOSITO). E' certo che un cammino molto lungo manca ancora da percorrere e che tale cammino obbliga spesso a sopportare l'odore della «spazzatura», ma infine risulterà un cammino più sicuro, perché la democrazia non si può reggere sulla paura delle «baionette» (C. FIORE). Cominciavo con l'interrogativo del Professore MANTOVANI, se ci troviamo di

fronte alla «crisi o decadenza di una civiltà»; concludo, affermando, come S. MILL, che una civiltà che ha paura che la barbarie riviva e prenda il sopravvento è degenerata a tal punto che né i suoi «sacerdoti né maestri, né nessuno» potranno difenderla; ciò che è certo è che quanto prima sparirà tale civiltà sarà meglio. «*E per il resto lasciar la risposta alla storia*» (P. CALAMANDREI).

SINTESI¹⁷⁵⁷

1. Riflessioni introduttive: la protezione della memoria collettiva dell'Olocausto

La Modernità, in contrasto con l'immagine di un'Europa protettrice dei diritti umani, ci ha consegnato alcune delle pagine più oscure della Storia¹⁷⁵⁸: due guerre mondiali, guerre regionali ovunque; alcuni dei più grandi stermini mai conosciuti, come – senza alcun intento di comparazione – l'Olocausto perpetrato dal regime nazista o le stragi dei Gulag sovietici; i genocidi degli armeni e dei tutsi; la bomba atomica. Tutti esempi della barbarie moderna e risultato, in buona parte, di una razionalità tecnica e deputata al raggiungimento di obiettivi tipica dei nostri giorni¹⁷⁵⁹. In particolare, l'Olocausto continua a presentarsi come un nefasto «mito fondativo», in realtà un «contro-mito», di fronte al quale avviare un processo di ricostruzione¹⁷⁶⁰ attraverso l'affermazione del valore della persona e della sua dignità naturale¹⁷⁶¹. Un intento chiaramente accolto dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, secondo la quale: «[c]onsiderato che il disconoscimento e il

¹⁷⁵⁷ Per l'ottenimento del titolo di *Doctor Europeus*.

¹⁷⁵⁸T. TODOROV si domanda se il XX Secolo verrà conosciuto come «il Secolo delle tenebre», così come il XVIII Secolo è passato alla storia come «il Secolo della luce» («Il secolo delle Tenebre», in M. FLORES (dir.), *Storia, verità, giustizia: I crimini del XX secolo*, Bruno Mondadori, Milano, 2001, p. 1).

¹⁷⁵⁹ Come evidenzia Z. BAUMAN in relazione a queste tragedie: «La Soluzione Finale non fu in alcun momento incompatibile con una ricerca razionale di efficienza, con il migliore conseguimento degli obiettivi. Anzi, al contrario, *mosse da una volontà di agire totalmente razionale e fu generata da una burocrazia fedele al suo stile e modo di essere*» (*Modernidad y Holocausto*, 5ª ed., Sequitur, Madrid, 2010, p. 39). Lo stesso A. aggiunge: «l'Olocausto non fu una irrazionale rinascita sulle ceneri delle barbarie pre-moderne. Fu un inquilino legittimo nella casa della Modernità; un inquilino che non si sarebbe sentito a proprio agio in nessun'altra casa» (*ibidem*, p. 39). La burocrazia e le moderne tecnologie hanno condotto al sonno della morale nella società (*ibidem*, p. 49).

¹⁷⁶⁰J. VÁNDOR afferma che: «Vi era la convinzione che, a partire dall'Illuminismo, la cultura sarebbe stata un cammino in ascesa, un'ancora di salvezza contro il male che si annida in ciascuno di noi. Ci stavamo sbagliando. Psicologi, filosofi, antropologi, tutti coloro che si fermano a riflettere sulla Storia, sono d'accordo nel riconoscere il primo risultato dell'Olocausto, l'inescusabile perdita del rispetto dell'uomo» («Del antijudaísmo precristiano al antisemitismo racial: estudio de una metamorfosis», in J. CRUZ DÍAZ, Y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª Ed., Anthropos, Barcelona, 2009, p. 24).

¹⁷⁶¹ Come sostenuto dal Giudice RODRÍGUEZ-ZAPATA riguardo al delitto di negazionismo in Spagna, «[...] ogni continente genera i suoi mostri: la freddezza burocratica di un regime che sosteneva scientificamente le condotte di genocidio, oggi tipizzate dal nostro art. art. 607, non trovò spazio in America, ma in Europa [...]». In Europa il posto d'onore nell'elenco dei diritti fondamentali spetta alla dignità dell'essere umano, dinanzi alla quale non dobbiamo lasciarci abbagliare da categorizzazioni che prescindano dall'esperienza europea» (Voto dissidente alla STC 235/2007).

disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità», gli Stati ribadiscono «la loro fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna».

Decenni dopo, torna a manifestarsi nella società europea la preoccupazione di un ritorno a tendenze fasciste e neonaziste, nonché della diffusione di ideologie xenofobe e antisemite¹⁷⁶², molte delle quali alimentate da tesi negazioniste¹⁷⁶³. Si tratta dei cosiddetti «assassini della memoria»¹⁷⁶⁴, che pretendono di negare o minimizzare l'Olocausto e i crimini perpetrati dal nazismo. Orbene, dinanzi a tali tendenze, si è manifestata sia a livello sociale, sia in ambito scientifico ed istituzionale, una forte risposta «anti-negazionista». In ambito scientifico, si

¹⁷⁶² Al riguardo, si *vid.*, tra gli altri, R. RODRÍGUEZ PRIETO, «Uniidentitario vs. Pluriidentitario. El resurgimiento del antisemitismo en el siglo XXI», en J. CRUZ DÍAZ y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª Ed., Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 149-172. Di recente, molti sono i segnali sulla crescita dei movimenti estremisti in Europa, tra cui vale ricordare la nascita del partito greco «Alba dorata».

¹⁷⁶³ Il «discorso negazionista», o, più in generale, il «negazionismo», rappresenta un fenomeno complesso, difficilmente riconducibile a categorie e contorni definiti. Il «negazionismo dell'Olocausto» sarebbe, in realtà, una degenerazione del «revisionismo storico» relativo alla Seconda Guerra Mondiale, che nega o minimizza l'esistenza dei crimini nazisti, falsificando palesemente la Storia. I metodi ad esso propri sono estranei a qualsiasi metodologia scientifica minimamente comprovata e, solitamente, si accompagna al «discorso ideologico», che riunisce aspetti del nazionalismo tedesco, del neonazismo e dell'antisemitismo e, talvolta, dell'anticomunismo e dell'anti-capitalismo. Inoltre, il concetto di «negazionismo» si è esteso ad altri discorsi, che negano o giustificano genocidi o crimini diversi dall'Olocausto, come si è visto nel caso del negazionismo turco sul genocidio armeno, con la peculiarità, in questo caso, che si tratta di una forma di negazionismo istituzionalmente imposta dallo stesso Stato turco; allo stesso modo, si può ricordare l'esempio del negazionismo relativo ai crimini perpetrati dal regime sovietico. In senso generale, potrebbero essere definiti «negazionisti» *tutte quelle persone o tutti quei gruppi che, per motivi ideologici, sostengono la negazione o la giustificazione di gravi genocidi o di altri crimini contro l'umanità*. Per un approfondimento sull'evoluzione del movimento negazionista ed i suoi principali esponenti, *vid.*, tra gli altri, V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negacionismo*, Bompiani, Milano, 1998, pp. 7-24; J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental: una pantalla pseudocientífica del antisemitismo», en M. A. SIMÓN (ed.), *La extrema derecha en Europa desde 1945 a nuestros días*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 223-248; R. S. WISTRICH, voz «Negacionismo», en W. LAQUEUR (dir.) / A. CAVAGLION (dir. de la edición italiana), *Dizionario dell'Olocausto*. Giulio Einaudi, Turín, 2004, pp. 493-503; R. CALZA, «Revisionismo e negazionismo nella storiografia contemporanea», Fiorenza Tarozzi (dir.), *Tesi di Laurea in Storia Contemporanea*, Universidad de Bologna, Bologna, curso 2000-2001; D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust: The growing assault on truth and memory*, Penguin Books, Nueva York, 1993; P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 1994; P. P. POGGIO, *Nazismo e revisionismo storico*, Roma, Manifesto Libri, 1997 o V. PISANTY, «I negazionismi», en M. CATTARUZZA, M. FLORES, S. LEVIS SULLAM, y E. TRAVERSO, *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, vol. I., Utet5, Torino, 2005-2006, pp.423-448.

¹⁷⁶⁴ «Assassini della memoria» è l'espressione utilizzata da Pierre VIDAL-NAQUET per riferirsi ai «negazionisti dell'Olocausto» (*op. cit.*).

registra la presenza di una rilevante corrente di storici impegnati nell'opera di demolizione delle tesi negazioniste¹⁷⁶⁵. Si tratta di Autori che hanno fatto emergere la mancanza di rigore e di credibilità dei negazionisti, per ribadire la memoria di un passato che non può essere dimenticato¹⁷⁶⁶. In proposito, vale sottolineare, oggi, la presenza di altri fondamentali strumenti educativi, sulla tragedia dell'Olocausto quali film, documentari¹⁷⁶⁷ o portali di divulgazione¹⁷⁶⁸.

Le stesse istituzioni pubbliche continuano a promuovere diverse iniziative in proposito¹⁷⁶⁹, auspicandone un sempre maggiore sostegno anche da parte del mondo politico. Non a caso, nel corso degli ultimi anni si è assistito al moltiplicarsi di risoluzioni e dichiarazioni istituzionali – alcune delle quali direttamente previste dalla legge – di condanna del genocidio nazista e di proclamazione di giornate della memoria in ricordo delle sue vittime¹⁷⁷⁰.

¹⁷⁶⁵ Fanno parte del movimento degli «studiosi antinegazionisti», tra gli altri, il già citato Pierre VIDAL NAQUET, Deborah LIPSTADT, Valentina PISANTY.

¹⁷⁶⁶ Come afferma VIDAL NAQUET: «si può e si deve discutere *circa* i cosiddetti “revisionisti”, si possono analizzare i loro testi, come se si procedesse a sezionare gli elementi di una menzogna; si può e si deve analizzare la specifica configurazione delle loro ideologie, domandandosi perchè e come nascano ed appaiano, tuttavia non si discute *con* i “revisionisti”» (*Los asesinos de la memoria, op. cit.*, p. 15).

¹⁷⁶⁷ Un elenco di tali film e documentari è disponibile su: <http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/holocaustremembrance/filmseries.shtml>

¹⁷⁶⁸ È il caso, ad esempio, del gruppo «Pratique de l'histoire et dévoiements négationnistes» [<http://www.phdn.org/index.html>]; del portale web «Holocaust Denial on Trial» [<http://www.hdot.org/>], in cui viene resa disponibile la completa ricostruzione dei processi a carico dei negazionisti; del sito «Squadra Nizkor» [<http://www.nizkor.org/>], dedicato all'anti-negazionismo.

¹⁷⁶⁹ Vale ricordare i programmi web *L'Olocausto e le Nazioni Unite*, disponibile su <http://www.un.org/en/holocaustremembrance/index.shtml>; *Education for Holocaust remembrance*, a cura dell'Unesco, disponibile su <http://www.unesco.org/new/en/education/themes/leading-the-international-agenda/human-rights-education/holocaust-remembrance/>; *Holocaust Memorial Museum*, disponibile su <http://www.ushmm.org/>; *Task Force for international cooperation on Holocaust education, remembrance, and research*, disponibile su <http://www.holocausttaskforce.org/>.

¹⁷⁷⁰ In tale prospettiva, la Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU (A/RES/60/7, del 1 novembre 2005), ha fissato nella data del 27 gennaio la Giornata internazionale per la commemorazione annuale delle vittime dell'Olocausto, in cui gli Stati sostengono la lotta alle posizioni anti-negazioniste e la diffusione di iniziative e programmi educativi sulla memoria dell'Olocausto, tra cui il programma «L'Olocausto e le Nazioni Unite». Anche l'Unesco ha promosso lo sviluppo di programmi sulla memoria dell'Olocausto (Risoluzione UNESCO 34c/61, del 1 novembre 2007). Nel 2007, con una nuova Risoluzione dell'Assemblea Generale (A/RES/61/255, del 26 gennaio 2007), l'Onu è tornata a pronunciarsi sul negazionismo dell'Olocausto per «condannare senza riserve qualsiasi negazione dell'Olocausto» (sic). Da parte sua, il Parlamento europeo, nel 2000 e nel 2005, ha approvato proposte di dichiarazioni sulla memoria dell'Olocausto per rendere omaggio alle sue vittime, diffondendo informazioni su tale tragedia e condannando le posizioni negazioniste. In Spagna, su iniziativa del Consiglio dei Ministri, del 10 dicembre 2004, il 27 gennaio è dedicato al Giorno ufficiale sulla memoria dell'Olocausto e sulla lotta ai crimini contro

Ma il principale risultato della lotta politica e legislativa contro il negazionismo è stata la previsione, negli ordinamenti giuridici europei, di specifiche fattispecie penali per condotte relative ad affermazioni che non lascino adito a dubbi sull'intento negazionista e consistenti nel negare, banalizzare o giustificare l'Olocausto ovvero altri genocidi o gravi crimini contro l'umanità¹⁷⁷¹. Sulla base di tali previsioni, noti negazionisti, già coinvolti in diversi processi penali, sono stati condannati per i propri scritti¹⁷⁷².

l'umanità. Allo stesso modo, in Italia, il 27 gennaio è dedicato al Giorno della Memoria, come stabilito dalla l. n. 111/2000, per ricordare lo sterminio del popolo ebraico, le leggi razziali e la persecuzione degli ebrei italiani. Altri Paesi hanno previsto giorni dedicati alla Memoria dell'Olocausto.

¹⁷⁷¹ Per uno studio in prospettiva comparata, *vid.* J. LUTHER, «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *ReDCE*, n. 9, 2008, pp. 247-295 e E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 15 ss.; in proposito, *vid.*, altresì, ÍD., «The punishment of negationism: the difficult dialogue between law and memory», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 617 ss.; ÍD., «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *UNED. Revista de Derecho Penal y criminología*, n. 5, 2011, pp. 116 ss. ÍD., «Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria», *Ragion pratica*, n. 30, 2008, pp. 37 ss.; C. M. CASCIONE, «Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici» [en línea], reelaboración de la ponencia «Negazionismo e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», realizada con ocasión del Congreso «*Le ferite della Storia e il diritto riparatore*», organizado el 21.1.2011 en la *Università degli Studi di Roma Tre*. Consultabile all'indirizzo: <https://www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni/21-1-2011-le-ferite-della-storia-e-il-diritto-riparatore>; A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale», en ÍD. Y S. SICARDI (dir.), *Democrazie imperfette: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, G. Giapichelli, Torino, 2005, T. 1, p. XIII-XXVIII; BAZYLER, Michael J.: «Holocaust denial laws and other legislation criminalizing promotion of Nazism» [en línea]. *Institute Yad Vashem*. 2006. Consultabile all'indirizzo: <http://www1.yadvashem.org/yv/en/holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>.

¹⁷⁷² Tra questi, si ricorda il caso di Robert FAURISSON, che venne espulso dal ruolo di professore universitario e sottoposto a diversi processi successivamente all'entrata in vigore della Ley Gayssot in Francia. Il caso Faurisson giunse dinanzi allo stesso Comitato dei Diritti umani dell'ONU, che lo condannò, seppure criticando il carattere vago della Ley Gayssot stessa. (Communication nº 550/1993: France, 16/12/1996, CCPR/C/58/550/1993). Per una ricostruzione del caso Faurisson, v. V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas...*, *op. cit.*, pp. 15-17; R. A. KHAN, *Holocaust denial and the law. A comparative study*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004, pp. 31-37 e 108-11. Altro noto negazionista fu Roger GARAUDY, condannato dai Tribunali francesi con una pronuncia confermata dalla Corte EDU. In proposito, v. A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione "dei miti fondatori" del regime democratico», *Giurisprudenza Italiana*, fasc. 12, 2005. Molto note furono, altresì, le condanne inflitte a Pierre MARAIS e Bruno GOLLNISCH da parte dei Tribunali francesi (*vid.* R. L. WEAVER, N. DELPIERRE Y L. BOISSIER, «Holocaust Denial and Governmentally Declared "Truth": French and American Perspectives» [en línea], 2008. Consultabile all'indirizzo: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=russell_weaver). Il caso più noto in materia resta, comunque, quello di David IRVING, che ebbe eco mondiale per il processo per diffamazione che tentò, nel 1998, contro la storica americana Deborah LIPSTADT (e la casa editrice Penguin Books) per lo scritto *Denying the Holocaust*, del 1994, in cui IRVING veniva accusato

A partire dagli anni Ottanta, fu proprio la Germania ad iniziare una lotta sistematica contro le attività propagandistiche collegate a gruppi di matrice neonazista, ricorrendo a fattispecie penali generali¹⁷⁷³ per instaurare processi aventi ad oggetto la diffusione di discorsi che negavano o banalizzavano i crimini nazisti¹⁷⁷⁴, sino ad addivenire, nel 1994, alla previsione del delitto conosciuto come

di falsificare gli eventi storici. Il processo si concluse nel 2000, con una pronuncia a sfavore di Irving (nel 2001 la sentenza venne confermata in appello), nella quale il Giudice GRAY concluse che l'opera di IRVING non poteva essere classificata come storica, ravvisando, invece, un deliberato intento di falsificazione degli avvenimenti storici nella stessa. Al riguardo, *vid.* D. MULVIHILL, «Irving v. Penguin: Historians on Trial and the Determination of Truth under English Libel Law», *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, vol. 11-1, 2001, pp. 217-256; e S. FISCH, «Holocaust Denial and Academic Freedom», *Valparaiso University Law Review*, n. 3-35, 2001, pp. 499-524. Successivamente, nel 2005, D. IRVING venne condannato in Austria per aver «ridicolizzato, minimizzato e negato l'Olocausto», scontando un anno di reclusione e, tuttora, vige un mandato di arresto a suo carico in Francia per infrazione della Ley Gayssot; gli è precluso anche l'ingresso in diversi Paesi, tra cui il Canada, la Nuova Zelanda, la Germania e l'Italia. Vale, infine, ricordare il caso di Ernst ZÜNDEL, condannato, nel 1985, dalla Corte distrettuale dell'Ontario alla pena di quindici mesi di reclusione per aver divulgato le false notizie legate a testi come *The Hitler We Loved and Did six million really Die?*. Il processo, tuttavia, venne annullato per vizi formali nel gennaio del 1987. In quello stesso anno, in seguito ad un secondo processo a suo carico, venne condannato a nove mesi di prigione, che evitò con il pagamento di una cauzione di diecimila dollari.

¹⁷⁷³ In particolare, il riferimento è ai delitti di ingiuria e diffamazione contro singole persone, corpi organizzati o gruppi di persone non organizzati (art. 185 StGB (*Beleidigung*) e art. 186 StGB (*Verleumdung*); di vilipendio alla memoria dei defunti (art. 189 StGB (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*)); di istigazione/incitamento della popolazione (art. 130 (*Volksverhetzung*)); di apologia di reato (art. 140 StGB (*Billigung von Straftaten*)). Oltre alla risposta penale, sono intervenuti anche altri riscontri contro il delitto di negazionismo, come le azioni civili per diffamazione e risarcimento dei danni morali o i provvedimenti assunti a livello amministrativo a garanzia della sicurezza pubblica e della libertà di associazione e riunione. Per una descrizione dettagliata della legislazione penale in materia di discriminazione razziale e xenofoba nell'ordinamento tedesco, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994», *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, vol. XLIX, fasc. II, 1996, pp. 529-589; W. BRUGGER, «The treatment of hate speech in German Constitutional Law», *German Law Journal*, vol. 4, n. 1, 2003. Consultabile all'indirizzo: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF_Vol_04_No_01_01-44_Public_Brugger.pdf. e T. J. WEBB, «Verbal poison-criminalizing hate speech: a comparative analysis and a proposal for the American system», *Washburn*, vol. 50, 2011, pp. 445-482. Per una interessante analisi della giurisprudenza tedesca precedente al 1987 e delle riforme legislative intervenute in quel periodo, v. E. STEIN, «History against free speech: The new german law against the Auschwitz –and other- “lies”», *Michigan Law Review*, vol. 85, n. 2, 1986, pp. 277-324.

¹⁷⁷⁴ Uno dei casi che suscitò maggiore scalpore nell'opinione pubblica tedesca fu il caso Deckert, che vide la condanna di un dirigente del partito di estrema destra NPD per aver tenuto una conferenza, insieme all'Ing. Leuchter, sulla presentazione di un rapporto sul negazionismo. Di estremo rilievo fu, altresì, la sentenza del Tribunale federale costituzionale tedesco, del 13 aprile 1994, che ha sostenuto la condanna dei discorsi negazionisti. *Cfr.* M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente

la «menzogna di Auschwitz»¹⁷⁷⁵. In precedenza, nel 1992, l'Austria aveva dato avvio, ad una riforma della legge dell'8 maggio 1945, sulla proibizione del partito nazista, al fine di punire in modo specifico le posizioni negazioniste verso l'Olocausto¹⁷⁷⁶; la Francia, nel 1990, prima dell'insorgere di movimenti xenofobi nel Paese, collegati a discorsi negazionisti, aveva incluso tale delitto nella cosiddetta «Ley Gayssot»¹⁷⁷⁷, disciplinante il reato di negazionismo dei crimini contro l'umanità.

Non sono stati, tuttavia, gli unici Paesi a provvedere in materia¹⁷⁷⁸, nella prospettiva di un orientamento legislativo conforme che, a livello sovranazionale,

sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe», *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, Novembre-Diciembre 1994, pp. 3390-3400).

¹⁷⁷⁵ Questo reato fu introdotto, per la prima volta, nell'ordinamento tedesco dalla Legge per la lotta alla criminalità (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*), del 28 ottobre 1994. In particolare, la risposta legislativa al negazionismo fu l'approvazione di una riforma sul delitto di «incitazione della popolazione» (§§ 130 y 131), attraverso la previsione di cui al nuovo comma 3, il cui testo vigente recita: «(3) *Whosoever publicly or in a meeting approves of, defies or downplays an act committed under the rule of National Socialism of the kind indicated in section 6(2) of the Code of International Law, in a manner capable of disturbing the public peace shall be liable to imprisonment of not more than five years or a fine*». In proposito, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, pp. 577 ss.; J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, pp. 257 ss.; e E. FRONZA, «Profili penalistici...», *op. cit.*, p. 1053.

¹⁷⁷⁶ L'art. 3.h stabilisce che: «*Whosoever working in a printing works, on the radio or in any other media or in any other way publicly attempts to deny, grossly trivialise, approve or justify National Socialist genocide or the other Nazi crimes against humanity is equally punishable under § 3g*». *Vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, pp. 150 ss.

¹⁷⁷⁷ Di orientamento conforme l'art. 24.bis, secondo cui: «*Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale*». *Vid.*, S. GARIBIAN, «Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the french law», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 9, 2008, pp. 479-488; e M. TROPER, «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución», *Anuario de derechos humanos*, n. 2, 2001, pp. 957-984.

¹⁷⁷⁸ Si ricordano, in proposito, l'esempio del Belgio, che, nel 1995, introdusse il reato di negazionismo e giustificazione del genocidio nazista; della Spagna, che, nel 1995, contemplò, per la prima volta, il reato di negazionismo riferito a qualsiasi genocidio; della Svizzera, che introdusse il reato di negazionismo nel 1995; el Lussemburgo, che, nel 1997, riformò il Codice penale al fine di condannare le condotte negazioniste e di giustificazione dei crimini di guerra; del Portogallo, che, nel 1995, incluse nel reato di discriminazione anche le espressioni negazioniste; della Polonia, che, nel 1998, con l'approvazione della Legge sull'Istituzione della Memoria nazionale, ha introdotto il reato di negazionismo. Successivamente, questo reato è stato previsto da Cipro, nel 2004, in occasione della ratifica del Protocollo addizionale della Convenzione in materia di Cybercrime; da Malta, nel 2009, in attuazione della Decisione quadro europea; dalla Repubblica ceca, nel periodo tra il 2005 e il 2011, con riguardo esclusivamente al negazionismo sui crimini nazisti e comunisti accaduti durante la II Guerra Mondiale; dalla Repubblica Slovacca, che nel 2011 ha provveduto alla

ha trovato conferma nella Decisione quadro 2008/913/GAI, che impone agli Stati membri la condanna delle condotte ora descritte¹⁷⁷⁹. Per utilizzare le parole di FRONZA, si può affermare che il delitto di negazionismo collegato, in senso specifico, all'Olocausto, ha seguito un cammino «dal livello nazionale a quello internazionale»¹⁷⁸⁰, costituendo quest'ultimo l'insieme degli orientamenti espressi in proposito dagli ordinamenti penali nazionali, che contemplano un reato definibile «a geografia variabile»¹⁷⁸¹.

Tuttavia, sebbene tali discorsi negazionisti siano espressioni senza dubbio odiose e resti indiscutibile la necessità di preservare la memoria dell'Olocausto, la sanzione penale per essi prevista potrebbe presentare dei profili di illegittimità costituzionale all'interno di un ordinamento libero, fondato sul pluralismo tipico

riforma del Codice penale includendovi il reato di negazionismo relativo ai crimini nazisti, comunisti o a qualsiasi altro crimine di tale natura; dall'Ungheria, che, nel 2010, ha punito il negazionismo sui crimini comunisti e nazionalsocialisti; dalla Repubblica della Slovenia, nel 2008, che ha previsto il reato di negazionismo contro qualsiasi crimine di guerra o contro l'umanità; dalla Lettonia, nel 2009, con la riforma della legislazione penale al fine di punire il negazionismo relativo ai crimini contro l'umanità e contro la pace; dalla Lituania, nel 2010, con la previsione del reato di negazionismo sui crimini internazionali e quelli perpetrati dal regime sovietico e nazista; dalla Romania, che, dal 2002, punisce il negazionismo dell'Olocausto e di altri crimini contro l'umanità; dalla Bulgaria, che, nel 2011, ha previsto il reato di negazionismo. Come si può immaginare, Israele fu il primo Paese che, già nel 1986, approvò la «*Denial of Holocaust (prohibition) Law*». Attualmente continuano a non prevedere il reato di negazionismo, come fattispecie penale autonoma, la Grecia, l'Italia, i Paesi Bassi, il Regno Unito, l'Irlanda, la Danimarca, la Svizzera, la Finlandia e l'Estonia. Ciò nonostante, tanto la Spagna come l'Italia si trovano oggi a modificare i loro tipi penali, nel caso spagnolo, e ad includere un tipo che specificamente incrimini il negazionismo, nel caso italiano. Nemmeno il Canada e gli Stati Uniti prevedono tale reato. Vale segnalare che, di recente, il Perù ha proposto l'adozione di un reato di «negazionismo relativo ai reati di terrorismo» (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 14).

¹⁷⁷⁹ Vale ricordare l'Azione Comune 96/443/GAI, del 15 gennaio 1996, che promuove la cooperazione giudiziale in materia di lotta al razzismo, prevedendo la condanna delle condotte negazioniste riguardanti l'Olocausto ed altri crimini contro l'umanità, ed escludendo la necessità di una doppia incriminazione per procedere all'estradizione. Lo stesso Consiglio d'Europa ha evidenziato l'esigenza di punire tali condotte nel Protocollo addizionale alla Convenzione in materia di Cybercrime, del 28 gennaio 2003, con particolare riferimento alla commissione di atti a stampo razzista e xenofobo, commessi attraverso i sistemi informatici e già contemplati dalla Commissione europea contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI). In proposito, vale, altresì, richiamare la Raccomandazione ECRI n. 7, del 13 dicembre 2000, in materia di legislazione nazionale per la lotta al razzismo, e alla discriminazione razziale, e la Raccomandazione ECRI n. 9, del 25 giugno 2004, sulla lotta all'antisemitismo. Un elenco delle Raccomandazioni ECRI in materia è disponibile su: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/compilations_en/compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

¹⁷⁸⁰E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 12.

¹⁷⁸¹*Ibidem*, p. 15.

dei sistemi di democrazia. Problema che si ripropone con forza nell'attuale scenario socio-politico, con riguardo alla diffusione di «nuovi» reati d'opinione¹⁷⁸².

In tale contesto, il presente contributo intende analizzare la politica di repressione del negazionismo, proponendo l'elaborazione di un delitto in materia compatibile con la libertà di espressione sancita all'interno di un ordinamento aperto¹⁷⁸³ e personalista: è costituzionalmente legittimo dare una risposta di

¹⁷⁸² Si riprende la distinzione concettuale-formale elaborata da F. MANTOVANI per i delitti di opinione: «Da tutti gli altri tipi di reati si differenziano, infatti, perchè non consistono in un *facere* o in un *non facere*, bensì semplicemente in un *dicere*: in una manifestazione di un pensiero, di una opinione» («I reati di opinione», in ÍD, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, p. 164). Secondo tale prospettiva, si tratta di una categoria di reati riguardante le condotte che presuppongono la manifestazione di un pensiero o di una idea (o la diffusione di una informazione), con particolare riguardo al conflitto del medesimo con la libertà di espressione. In proposito, secondo l'A., si possono distinguere le seguenti categorie di reati d'opinione: a) delitti offensivi beni come l'onore delle persone o il ruolo delle istituzioni; b) delitti di apologia e di propaganda; c) delitti di istigazione; d) delitti di pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose; (*ibidem*, pp. 164 e ss).

¹⁷⁸³ P. NUVOLONE con l'espressione «città aperta» intende «una "civitas" il cui ordinamento giuridico è incardinato sul principio della libertà per tutti di manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento...»; in conseguenza, l'unico limite alla libertà di espressione si rinviene nel fatto che «a nessuno dev'essere permesso di creare situazioni tali per cui la libertà di ciascuno venga soppressa», escludendosi la protezione di quelle «forme attivizzanti» che mettono in pericolo il carattere aperto dell'ordinamento («Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva lógica dell'ordinamento», *Legge Penale e Libertà del pensiero*, III Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, p. 353). In senso analogo, sebbene con una precipua attenzione al significato della «clausola politica» (aperta o chiusa) in un ordinamento, si v. la distinzione tra «libertà aperta», «ristretta» o «chiusa», in F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXV, fasc. 1-2, 1968, pp. 356-395; e «Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti cirminosi», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXIV, fasc. 1-2, 1968, pp. 68-125.

Al riguardo, vale l'affermazione secondo cui «la democrazia non è nichilista» (A. MERLI, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 59). Le democrazie europee non hanno mai carattere «neutrale», in quanto al concetto di democrazia si riconducono tutta una serie di valori idonei a renderla possibile e ad attribuire alla stessa un contenuto materiale. La tesi relativa al carattere «non neutrale» degli ordinamenti europei viene sostenuta, ad esempio, da M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, apart. 5: «la laicità dello Stato, intesa come neutralità nei confronti delle religioni e delle concezioni del mondo, non implica affatto indifferenza ai valori»; o A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 59, «Naturalmente, pluralismo non significa assenza di valori, e nemmeno totale relativismo: un relativismo estremo che, rifiutando tutti i principi morali, rinuncia virtualmente ad una pretesa di moralità».

Un modello di democrazia aperto e personalista, quale quello della costituzione spagnola ed italiana, non può convivere con l'imposizione di «dogmi» ideologici. Sul carattere personalista della Costituzione italiana, *vid.* C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Giuffrè, Bologna, 1984, pp. 9 ss.; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21. Commentario della Costituzione*, Zanichelli editore, Bologna, 2006, pp. 37 ss.; A. PACE, *Problematica*

carattere penale ad espressioni negazioniste in un «ordinamento aperto»¹⁷⁸⁴?
Risulta «opportuna» questa repressione del negazionismo?

2. Libertà costituzionali in «potenziale» esercizio: la dialettica tra il discorso negazionista e le libertà di espressione, ideologica e scientifica. Alla ricerca di un bene giuridico

Con il delitto di negazionismo si persegue una specifica categoria di «affermazioni», ossia quelle espressioni potenzialmente in grado includersi nell'ambito di garanzia delle libertà di manifestazione del pensiero e di informazione, poste in relazione con le libertà ideologica e scientifica. In proposito, vale considerare che, sebbene l'Europa condivida un patrimonio costituzionale comune in materia di protezione dei diritti fondamentali, coesistono sensibilità e

delle libertà costituzionali. *Lezioni. Parte speciale*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 386 ss.; sulla concezione di ordinamento aperto, in assenza di vincoli ideologici, si v. F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 364; P. NUVOLONE, «Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 356. In Spagna, la Corte costituzionale ha affermato con decisione il carattere protetto della democrazia e la sua concezione aperta (SSTC 101/1983, 122/1983, 119/1990, 5/2004, 12/2008, 110/2007, 235/2007 o 12/2008). In dottrina, *cfr.* I. DE OTTO PARDO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; F. J. DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, McGraw Hill, Madrid, 1997 o F. J. BASTIDA FREIJEDO, «De las defensas y aperturas de la Constitución», in L. LÓPEZ GUERRA y E. ESPÍN (coords.), *La defensa del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 15-27.

Altri ordinamenti hanno optato per una concezione «semi-aperta» di democrazia, ponendo delle restrizioni alla portata della tolleranza ideologica ammessa. Il primo esempio di ciò è rappresentato dall'ordinamento tedesco. Si v., in proposito, l'art. 18 L.F. RFG, che contempla la «perdita dei diritti fondamentali», tra i quali la «libertà di espressione del pensiero», per coloro che abusano dei medesimi al fine di «combattere l'ordinamento fondamentale democrático e liberale» (P. HÄBERLE, «Germania», E. PALICI DI SUNTI PRAT *et al.* (dir), *Le Costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, 2^a ed, CEDAM, Padua, 2001, pp. 321-387, p. 341). Sulla nozione di democrazia in Germania, *vid.* N. G. FOSTER y S. SULE, *German Legal System & Laws*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2002. Può considerarsi un modello semi-aperto anche quello proposto dalla CEDU o, più di recente, dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, come si evince dalle clausole sull'abuso del diritto contenute nell'art. 17 CEDU e nell'art. 54 CDFUE.

Come sostiene A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 122): «Ciò che fa la differenza (permettendo di distinguere un ordinamento aperto da uno semiaperto o da uno chiuso) – e passiamo così al secondo termine del rapporto – non è dunque l'esistenza o meno di valori fondanti (sotto questo profilo non rinvenendosi appunto apprezzabili differenze fra regimi liberaldemocratici e regimi autoritari), ma la misura – questa, sì, non uniforme – in cui quei valori vengono opposti come limite alla libertà di opinione (valore fondante nei soli regimi liberaldemocratici) e fatti oggetto quindi di tutela anticipata».

¹⁷⁸⁴ Si tratta di un quesito fondamentale, in quanto, come afferma F. MANTOVANI, «la risposta al problema della legittimità dei reati di opinione viene a dipendere dai diversi modi in cui la libertà di manifestazione viene concepita. E in radice, come viene autorevolmente insegnato: dai diversi tipi di ordinamenti statuali in cui tali enunciazioni si trovano ad operare» («I reati di opinione», *op. cit.*, p. 165).

standard di tutela differenti nel riconoscimento e nella risoluzione dei conflitti concernenti i medesimi. Tali diversità risultano particolarmente evidenti nelle pronunce delle Corti costituzionali e sovranazionali aventi ad oggetto discorsi di carattere negazionista¹⁷⁸⁵.

Considerando le differenti sensibilità manifestate dagli ordinamenti europei nella tutela di tali libertà, ci si propone, dunque, di approfondire in che modo esse entrano in gioco in relazione al delitto di negazionismo, esaminando, in particolare, le regole che consentono di tracciare una distinzione tra il discorso meritevole di tutela costituzionale e ciò che, invece, è vietato. I piani di indagine saranno due: in primo luogo, si valuterà se il discorso negazionista possa rientrare nell'ambito di quello che è considerato il contenuto *prima facie* delle libertà fondamentali; in secondo luogo, verrà considerato come sono stati affrontati i conflitti tra tali libertà e i beni giuridici costituzionalmente protetti e potenzialmente lesi dal discorso negazionista. Si esporranno, quindi, alcune ulteriori riflessioni in tema di libertà scientifica. Non si valuterà, in questa sede, la concreta legittimità costituzionale dell'intervento penale, come elemento aggiuntivo rispetto alla proscrizione costituzionale che non tutela un discorso negazionista. In altre parole, mentre può essere legittimo il divieto di garantire una protezione costituzionale ad una determinata tipologia di affermazioni, può non essere legittima la sanzione penale che segue alle medesime. Quest'ultimo aspetto, direttamente connesso alla tipica visione della proscrizione costituzionale come un *prius* rispetto al legittimo esercizio dell'intervento penale, verrà accennato nei paragrafi che seguono.

¹⁷⁸⁵ In particolare, si ricordano le Cort. EDU sentt. *Lehideux y Isorni c./Francia (1998)*, *Hans Jürgen Witzsch c./Alemania (1999)*, *Hans Jorg Schimanek c./Austria (2000)*, *Roger Garaudy c./Francia (2003)*, *Chauvy e altri c./Francia (2004)*, *Orban e altri c./Francia (2009)* y *Bruno Gollnisch c./Francia (2011)*; *Perinçek c./ Svizzera(2013)*; Commissione EDU dec. *X c./ Repubblica federale tedesca, (1982)*, *T. c./ Belgio (1983)*, *BH., M.W., H.P. e G.K. c/Austria (1989)*, *Walter Ochensberger c./Austria (1994)*, *Otto E.F.A Remer c./Germania (1995)*, *Gerd Honsik c./Austria (1995)*, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands c./Germania (1995)*, *Marais c./ Francia (1996)*, *Irving c./Germania (1996)* e *Heerwig Nachtmann c./Austria (1994)*. Tra le pronunce delle Corti costituzionali, si ricordano le sentenza: del Tribunale federale tedesco del 13 aprile 1994 (*BVerfGE* 90, 241-255); della Corte di Arbitrato belga del 12 luglio 1996; la sentenza della Corte costituzionale spagnola n. 235/2007 e la Decisione del Consiglio costituzionale francese n° 2012-647 del 28 febbraio 2012. Vale, altresì, ricordare la sentenza della Corte Suprema del Canada sul caso *R. v. Zundel* [1992] 2 S.C.R. 731.

2.1. Delimitazione *prima facie* della libertà di espressione dinanzi al discorso negazionista

Per affrontare in che misura un discorso negazionista possa essere ricompreso *prima facie* nell'ambito della protezione garantita alla libertà di espressione si farà riferimento ad una delimitazione «interna» della libertà, considerando, altresì, le riflessioni sulla possibilità di applicare a tali discorsi le clausole relative al cosiddetto «abuso del diritto», riconosciute da alcuni ordinamenti europei¹⁷⁸⁶. Le conseguenze dell'inclusione del discorso negazionista nel contenuto della libertà di espressione – rafforzata, nel caso specifico, dal riferimento alle libertà ideologica e scientifica – sono notevoli¹⁷⁸⁷.

In proposito, vale richiamare sin d'ora l'estrema forza con cui si è pronunciata la Corte EDU rispetto al negazionismo dell'Olocausto, privato *de plano* di un regime di protezione mediante l'applicazione dell'art. 17 CEDU¹⁷⁸⁸. Il «negazionismo dell'Olocausto» implica, a giudizio della Corte, un discorso «*ratione materiae*» incompatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁷⁸⁹. La

¹⁷⁸⁶ In proposito, *vid.* quanto affermato nella nota precedente.

¹⁷⁸⁷ In primo luogo, per poter escludere la protezione costituzionale in capo ad un discorso negazionista, è necessario verificare che leda effettivamente dei diritti o dei beni di rilievo costituzionale. Pertanto, la previsione di un limite sarà il risultato di un bilanciamento operato dal legislatore in base alla capacità offensiva del discorso negazionista di fronte a beni costituzionali idonei a fondare un limite alla libertà di espressione (in quanto non tutti i beni costituzionali possono essere riconosciuti come limite esterno a tale libertà). Nel momento in cui tali manifestazioni ricadano nel diritto alla libertà di espressione, le misure poste a garanzia dello stesso dovranno, comunque, confrontarsi con quelle che sono le garanzie proprie di un «sistema di protezione dei diritti fondamentali» (in particolare, con il giudizio di «proporzionalità» e altri «limiti ai limiti», quali la riserva di legge, il rispetto del nucleo essenziale dei diritti, etc.). In ogni caso, aspetto di non scarso rilievo, il «discorso negazionista» manterrà la protezione data dalle «riserve di giurisdizione» tipiche dei meccanismi di garanzia legati alla libertà di espressione, come il divieto del sequestro delle pubblicazioni o di una «censura previa». In tale contesto, vale sempre ricordare che la fissazione di un limite all'esercizio della libertà di espressione richiede sempre degli stringenti requisiti di «chiarezza» e «tassatività». Infine, non può trascurarsi che, essendo coinvolte le libertà ideologica o scientifica, il discorso negazionista può interessare direttamente i beni posti a fondamento di tali manifestazioni negazioniste, con una diretta incidenza sul processo di bilanciamento, prima richiamato, applicabile a tali ipotesi.

¹⁷⁸⁸ Si mantiene, in tal modo, salda l'adesione ad una concezione della libertà di espressione che ne preclude un utilizzo illimitato da parte di coloro che pretendono di abusarne. Come sottolinea CUCCIA: «Non possono, quindi, godere del beneficio della libertà di espressione coloro che ne fanno un uso distorto, in quanto il fine di tale libertà si colloca nell'alveo di favorire la pacifica coesistenza dei differenti gruppi esistenti nella società, per cui «aggregare» il diverso, attraverso dichiarazioni scritte o verbali, è in antitesi rispetto ai valori espressi nella Convenzione Europea». (V. CUCCIA, «Libertà di espressione e negazionismo», *Rassegna Parlamentare*, fasc. 4, 2007, p. 865).

¹⁷⁸⁹ Vale ricordare quanto affermato dalla Corte EDU, dec. 24/06/2003, *Roger Garaudy c./Francia*: «There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such

Corte ha manifestato, d'altra parte, una posizione non così severa in relazione ad altre tipologie di discorsi, come il cosiddetto «discorso dell'odio»¹⁷⁹⁰, ovvero dinanzi a casi connessi a posizioni di revisionismo su taluni aspetti della Seconda Guerra mondiale che non riguardano direttamente i crimini nazisti¹⁷⁹¹, o casi di negazionismo di altri genocidi¹⁷⁹². Si tratta di ipotesi in cui la Corte ha fatto ricorso al tradizionale *test* di Strasburgo, al fine di verificare l'adeguatezza delle misure restrittive delle libertà coinvolte¹⁷⁹³.

as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history. Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention».

¹⁷⁹⁰ Ad esempio, *vid.* Sent. Corte EDU 23/12/2003, *Jersild c./Dinamarca*, § 30 e sent. 16/07/2009, *Féret c./Belgio*, § 72. Invece si ha applicato questa esclusione *ratione materiae* per certi discorsi omofobi, razzisti o islamofobici (*vid.* Dec. Corte EDU 23/10/2012, *Molnar c./Romania*; 20/02/2007, *P. Ivanov c./Russia*; e 16/11/2004, *M. A. Norwood c./Regno Unito*).

¹⁷⁹¹ La Corte EDU ha dovuto individuare e circoscrivere apoditticamente quei casi di revisionismo sugli accadimenti della Seconda Guerra mondiale che potevano ricondursi nell'ambito del legittimo dibattito storiografico (*Lehideux y Isorni c./Francia (1998)*; *Chauvy y otros c./Francia (2004)*; *y Monnat c./Svizzera*), e ha ammesso il negacionismo di altri crimini (*Perinçek c./ Svizzera (2013)*) o di giustificazione di crimini passati (*Orban e altri c./Francia (2009)*), invocando uno sforzo da parte delle società per affrontare il passato attraverso un dibattito aperto e sereno. Invece, con eguale decisione, la Corte EDU non ha ammesso alcuna forma di dibattito sul negazionismo dei crimini nazisti, da considerarsi come assunto storico su cui non può aprirsi alcun dibattito ed alcuna ricerca di una difeferente rappresentazione (*Hans Jürgen Witzsch c./Germania (1999)*, *Hans Jorg Schimanek c./Austria (2000)*, *Roger Garaudy c./Francia (2003)*). In questi ultimi casi, la Corte europea pare eccedere nel giudizio quando, oltre a non ammettere alcuna prova contraria sull'Olocausto, respingendo, in conseguenza, ogni tesi a favore di una riconducibilità delle pubblicazioni negazioniste alla libertà scientifica, arriva a stabilire circa le manifestazioni negazioniste, che «*the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime*» (*Roger Garaudy c./Francia (2003)*), richiamando l'applicazione della clausola sull'abuso del diritto. È, d'altra parte, necessario considerare che il reato di negazionismo non si riferisce solamente ai crimini nazisti e, pertanto, possono esservi casi in cui non sono nettamente distinguibili i confini tra il revisionismo storico ed il negazionismo nel senso sopra descritto. Un esempio, in proposito, è dato dalle opere di carattere revisionista sul franchismo o sul fenomeno dei *gulag* sovietici.

¹⁷⁹²STEDH (Sezione 2ª) del 17 dicembre 2013, caso *Perinçek c. Svizzera*

¹⁷⁹³La Commissione, a partire dalla decisione *BH., M.W., H.P. e G.K. c./Austria (1989)*, ha costantemente richiamato l'art. 17 CEDU, non al fine di escludere *de plano* una forma di protezione, quanto, piuttosto, per procedere ad una valutazione minima sulle misure restrittive applicabili («*minimalist degree of scrutiny*»). Sulla differente valutazione circa le manifestazioni negazioniste compiuta dalla Commissione e dalla Corte EDU, *vid.* 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. Consultabile all'indirizzo:

In senso analogo, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha escluso dal nucleo interno della libertà di espressione il discorso negazionista sull'Olocausto, seppure vincolando lo stesso all'assenza dell'elemento della veridicità¹⁷⁹⁴. La Corte costituzionale tedesca ha, invece, optato per una distinzione tra le espressioni propriamente negazioniste dell'Olocausto – che verrebbero in ogni caso ad essere private della protezione costituzionale, in quanto «affermazione di un fatto dimostrato come falso» – e le affermazioni «sulla colpa e sulla responsabilità degli eventi storici», che, in quanto giudizi di carattere complesso, non riconducibili alla semplice affermazione di un fatto, potrebbero rientrare nell'ambito di protezione della libertà di espressione¹⁷⁹⁵.

Tali orientamenti non sembrano riconducibili ad un modello costituzionale aperto, come quello spagnolo o quello italiano, che non consente di escludere automaticamente dall'ambito di protezione costituzionale la manifestazione di una opinione valutandone immediatamente il contenuto o le finalità sottese¹⁷⁹⁶. Precisamente la «città aperta» è quella che si caratterizza perché chiunque può esercitare la libertà di «manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento»¹⁷⁹⁷, quella che «senza discriminazioni tra “verità” o “non verità” ufficiali o di Stato” [...] non tollera limiti logici di ordine ideologico»¹⁷⁹⁸; di modo che, almeno prima *facie*, il carattere «odioso» o la «finalità» del discorso negazionista, contrari ai valori essenziali delle nostre società, non potrebbe in alcun modo giustificare la privazione della protezione costituzionale. Problema distinto è se, come ha sostenuto la Corte costituzionale tedesca, il negazionismo di

<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091001.html>; e 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. Per una analisi generale sulla giurisprudenza e sulle tecniche argomentative in materia, vid. C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», in L. MEZZETTI Y A. MORRONE, *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, G. Giappichelli, Turín, 2011, pp. 339-352.

¹⁷⁹⁴BVerfGE 90, 241-255.

¹⁷⁹⁵ «L'espressione proibita, che gli ebrei non siano mai stati perseguitati nel Terzo Reich, costituisce l'asserzione di un fatto dimostrato falso da innumerevoli narrazioni di testimoni oculari e da documenti, dagli accertamenti giudiziari di numerosi processi penali e dalle cognizioni della scienza storica. Un'affermazione di tale contenuto, in sé considerata, non gode della tutela della libertà di opinione. [...] Le affermazioni su colpe e responsabilità per evento storici costituiscono sempre giudizi complessi, che non si possono ridurre a asserzioni di un fatto, mentre la negazione dello stesso evento avrà regolarmente il carattere di asserzione di un fatto» (M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3386).

¹⁷⁹⁶ Riprendendo le parole della Corte costituzionale spagnola, «nuestro ordenamiento 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» (STC 235/2007, FJ. 4º).

¹⁷⁹⁷P. NUVOLONE, «Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 353.

¹⁷⁹⁸F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 363.

taluni crimini sia un'affermazione «di fatto» suscettibile di essere sottoposto ad una prova di «veridicità» e, in conseguenza, ad una eventuale esclusione dall'ambito di protezione, se la veridicità viene assunta come limite interno alla libertà di espressione¹⁷⁹⁹.

In proposito, particolare rilievo assume la posizione della Corte costituzionale spagnola che, facendo specifico riferimento al delitto di negazionismo, ha seguito un cammino diverso da quello tracciato dalla Corte tedesca. Secondo il Tribunale Costituzionale spagnolo, il discorso negazionista, incluso il «negazionismo dell'Olocausto», rientrerebbe nel contenuto della libertà di espressione qualora venisse considerato non come una manifestazione di «accadimenti» in senso stretto, bensì come «un insieme di opinioni soggettive riguardanti gli eventi storici»¹⁸⁰⁰. In tal modo, «le affermazioni, i dubbi o le opinioni circa la condotta dei nazisti verso gli ebrei nei campi di concentramento, per quanto riprovevoli o travisate siano – e, in realtà, lo sono nel momento in cui negano l'evidenza storica – trovano copertura nel diritto alla libertà di espressione (art. 20, comma 1, Cost. spagnola), posto in relazione con il diritto alla libertà ideologica (art. 16, Cost. spagnola)»¹⁸⁰¹. Sarebbe interessante valutare la posizione che potrebbe assumere, in proposito, la Corte costituzionale italiana, sebbene ritengo questionabile che la veridicità – ed ancor meno la «verità della Storia» – possa rappresentare un limite interno alla libertà di espressione¹⁸⁰². A maggior

¹⁷⁹⁹In Spagna la «veridicità» costituisca un limite interno alla libertà di informazione disposto espressamente dalla Costituzione. In Italia, sebbene la Costituzione non lo riconosca espressamente, parte della dottrina discute sulla possibilità di considerare, in senso analogo, tale limite. Per una visione generale sulla nozione di veridicità oggettiva e soggettiva come limite alla libertà di manifestazione del pensiero, *vid.* C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, 36 ss.; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, pp. 88 ss; M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», in P. RIDOLA y R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Turin, 2001, p. 574; secondo F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, pp. 24-25 e *Íd.*, «Diritto alla riservatezza...», *op. cit.*, pp. 82 ss., un limite logico può essere costituito dalla verità storica dei fatti narrati, non dalla verità ideologica; in senso contrario, v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo...», op. cit.*, p. 17 e 35 ss.

¹⁸⁰⁰ *Vid.* STC 214/1991, FJ. 8º e STC 235/2007, FJ. 4º.

¹⁸⁰¹ In tal senso, *vid.* STC 214/1991, FJ. 8º, STC 235/2007, FJ. 4º.

¹⁸⁰² Come spiega M. MALENA, «Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?», *Quaderni costituzionali*, a. XXVI, n. 1, 2006, p. 119: «L'ampia tutela della libertà di espressione non ammette l'esistenza di un dovere di verità: è questa la scelta della nostra Costituzione, che con l'articolo 21 protegge anche la "mistificazione" della realtà». Sul punto, *cfr.*, tra gli altri, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 133; J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 286, che richiama, quantomeno, la necessità della prova sul dolo relativo alla falsificazione soggettiva. Tra gli autori più inclini ad escludere la protezione delle espressioni negazioniste in ragione della falsificazione dei fatti ad esse propria è D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, FrancoAngeli, Milano, 2012, secondo cui: «forse è eccessivo pretendere che uno stato costituzionale si basi su un dovere di verità. Ma, seguendo l'argomentazione del

ragione se si considera che, nel caso di specie, non si tratta tanto di acclarare la verità obiettiva di alcuni fatti concreti, quanto, piuttosto, di calarsi nel contesto di una complessa ricostruzione storiografica¹⁸⁰³, che, almeno inizialmente, rientra nella spazio riservato alla protezione della libertà di espressione. E nemmeno pare possibile presumere che ogni negazionista abbia coscienza di essere, ai sensi di legge, mendace (veridicità in senso soggettivo). Anche le Corti costituzionali di altri Paesi, hanno valutato tali problematiche senza escludere a priori la definizione di un grado di protezione della libertà fondamentale in ragione di una delimitazione interna alla libertà stessa ossia della presenza di un generico abuso del diritto¹⁸⁰⁴.

2.2. La protezione attribuibile al discorso negazionista nel conflitto con altri beni o valori costituzionali. Una proposta di bene giuridico nell'ambito di un ordinamento aperto e personalista

Costatato che il discorso negazionista può rientrare, *prima facie*, nell'ambito di protezione della libertà di espressione – intesa in senso ampio, perlomeno negli ordinamenti di carattere «aperto» – vale ora considerare i beni costituzionali con i quali tale libertà possa essere bilanciata. In particolare, i valori lesi dallo specifico discorso, vengono valutati in quanto limiti legittimi alla libertà di espressione, al

giudice delle leggi tedesco, non si può non pensare che esso muova, almeno, da un rifiuto della menzogna storica» (*ibidem*, p. 102). Nello stesso senso, *vid.* P. WACHSMANN, «Libertà di espressione e negazionismo», *Ragion Practica*, n. 12, 1999, pp. 57-69.

¹⁸⁰³ In proposito, *vid.* M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», *op. cit.*, p. 48.

¹⁸⁰⁴ Al di fuori del contesto europeo, un modello costituzionale aperto, seppure non così radicalmente affermato come quello americano, è richiamato dalla sentenza *R. v. Zundel* (Regina v. Zundel, [1992] S.C.R. 731) della Corte Suprema del Canada, che, chiamata a giudicare un caso di negazionismo collegato alla pubblicazione di notizie false, concludeva che la veridicità non può costituire un criterio adeguato per negare *prima facie* la protezione costituzionale. Assumere la veridicità come criterio di giudizio, richiede, anzitutto, la capacità di stabilire il significato del messaggio oggetto dell'espressione negazionista, potendo esso mutare a seconda del destinatario; in secondo luogo, anche se fosse possibile determinare ogni possibile significato relativo a quel messaggio, resterebbe da stabilire se l'espressione negazionista in sé sia vera o falsa, cosa che, dinanzi a determinati fenomeni sociali e politici, potrebbe non essere semplice. D'altra parte, nel caso venisse accertato che una affermazione risulta falsa, deve, comunque, essere valutato se essa possa o meno godere di tutela costituzionale.

Una posizione meno assertiva nel disconoscere una possibile protezione dei discorsi negazionisti si rinviene nella sent. Della Corte di Arbitrato belga del 12 giugno 1996 e, seppure indirettamente, nella Decisión nº 2012-647 DC de 28 de febrero de 2012 del Consiglio costituzionale francese. In Ungheria, vista le sentt. della Corte costituzionale 30/1992, di 26 maggio e 18/2004, di 25 maggio, pare potersi affermare che le espressioni negazioniste vengano ricondotte *prima facie* alla protezione della libertà di espressione.

fine di elaborare una nozione di bene giuridico in grado di giustificare la restrizione penale dei discorsi di natura negazionista¹⁸⁰⁵.

La maggior parte dei Paesi hanno scelto di porre a fondamento delle restrizioni al discorso negazionista quelli che sono definibili come beni giuridici «superindividuali», quali l'ordine pubblico, la pace comune, un generale clima di tranquillità sociale o la dignità umana in senso collettivo, ovvero altri beni, tipicamente invocati nelle ipotesi di delitti contro la Comunità internazionale, come il «diritto all'esistenza» di taluni gruppi sociali¹⁸⁰⁶.

Tuttavia, fino a che punto, in un ordinamento aperto, tali beni possono essere invocati come limiti alla libertà di espressione? Si ritiene che, in ordinamenti aperti e a vocazione personalista beni quali l'ordine pubblico (ed analoghi) non possano costituire dei limiti alla libertà di espressione se considerati nella loro accezione «ideale»¹⁸⁰⁷. La pura contraddizione «formale» dell'«ordine

¹⁸⁰⁵ Secondo E. FRONZA: «Nel caso del negazionismo, campo ideologicamente pregnante e dove la risposta emotiva ed irrazionale rischia di prevalere, sembra difficile scorgere un determinato bene/interesse/valore giuridico, autonomo dagli scopi generali della tutela penale» (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 137). Lo stesso A. aggiunge che: «numerose [sono le] difficoltà sia in riferimento alla problematica individuazione del bene giuridico protetto sia alla tecnica di tutela ad esso adeguata, che deve essere opportuna da un punto di vista politico-criminale e legittima costituzionalmente» («Profili penalistici...», op. cit., p. 1038).

¹⁸⁰⁶ In proposito, paradigmatica è la legislazione tedesca, che, ai fini della punibilità delle condotte negazioniste, richiede che esse turbino la «pace pubblica», riconosciuta dalla maggior parte della dottrina come bene giuridico, come accade per i reati di «incitazione della popolazione»; la violazione della «dignità umana» viene, comunque, sempre posta alla base del delitto di negazionismo. In Spagna, la dottrina e la giurisprudenza hanno avviato un dibattito sulla dignità umana come unico elemento fondante il delitto di negazionismo, anche se, riconoscendo la dimensione collettiva e supraindividuale di tale bene, esso avrebbe una portata diffusa, riconducibile anche ad altri beni quali l'ordine pubblico, la pace pubblica o i beni collegati ad un generale «clima di ostilità» o alla dignità umana in senso supraindividuale (STC 235/2007 e STS 259/2011). In Italia, seppure non sia previsto il reato di negazionismo, la più recente giurisprudenza e parte della dottrina riconducono la *ratio* dei reati connessi alla legislazione anti-razzista alla dignità umana, seppure intesa nella sua accezione superindividuale (Sent. Cass., sez. III, 13/12/2007, n. 13234). Di notevole interesse risulta il riferimento all'ordinamento francese, in cui, sebbene la attuale giurisprudenza sia conforme nel collegare il reato di negazionismo al bene giuridico della dignità umana, è in corso un dibattito sull'opportunità di considerare il bene giuridico della «verità storica», così come sull'ipotesi di punire solamente i delitti in materia su cui sia intervenuta sentenza giudiziale (S. GARIBIAN, «Derecho, Historia, memoria...», op. cit., *passim*). La giurisprudenza della Corte EDU e della Commissione non aclara quale sia il bene giuridico oggetto di tutela nei delitti di negazionismo, in quanto, dinanzi a giudici in materia, le condanne sono sempre state giustificate per ragioni di «sicurezza e integrità territoriale», di «prevenzione del reato e di atti di disordine», o di «protezione della reputazione e dei diritti degli altri». Sul punto, si v. Hans-Jürgen Witzsch c. Germania (1999); Hans Jorg Schimanek c. Austria (2000) y Roger Garaudy c. Francia (2003); Perinçek c./ Svizzera (2013).

¹⁸⁰⁷ Sugli orientamenti critici alla considerazione dell'ordine pubblico come bene giuridico connesso ai reati di opinione, *vid.* C. FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM, Padova, 1972, p. 111 e p. 167;

pubblico», come concetto normativo anche se inteso come «ordine pubblico costituzionale», non giustifica il divieto costituzionale della manifestazione di un'opinione.¹⁸⁰⁸ La nozione di «ordine pubblico» può, invero, essere considerata anche nella sua dimensione materiale, che, a sua volta, può essere vista secondo una prospettiva oggettiva ovvero soggettiva. In proposito, rilevante dottrina ha analizzato come l'ordine pubblico possa essere ammesso come limite alla libertà di espressione se considerato nel suo significato oggettivo, in quanto alterazione della sicurezza pubblica, collegata ad episodi di disordine pubblico; mentre non pare opportuno considerare, a tal fine, una accezione soggettiva di ordine pubblico, che configura il medesimo come un generale sentimento di «pubblica tranquillità»¹⁸⁰⁹.

ÍD., I reati di opinione», en S. MOCCIA (dir.), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli/Roma, 2002, pp. 13-27; ÍD., «Libertà d'espressione política e reati d'opinione», *Politica del Diritto*, n. 1, 1979, pp. 486-506; G. ZUCALÀ, «Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero», *Legge Penale e Libertà del pensiero*. III^o Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, pp. 79-104; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988; ÍD., «Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi», *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 4^a Ed., Vol. VII., UTET, Roma, 2005, pp. 292-302; ÍD., «Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico», Sentencia de la Corte Costituzionale de 5 de abril de 1974, n. 108, *Archivio Penale*, vol. XXXII, part. II, pp. 3-17; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, op. cit., p. 226; P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, op. cit., p. 221; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, op. cit., passim; G. ISOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», en AA.VV., *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, 5^a ed., Monduzzi Editore, Bologna, 2009, pp. 251-309; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 155; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; J. MIRA BENAVENT, «El caso del diario "Egin": comentario a la sentencia del TC de 12 de diciembre de 198», *ADPCP*, 1987, pp. 505-528; 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. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información terrorismo: la "apología" del terrorismo», en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 17-38.

¹⁸⁰⁸ In questo senso ritengo criticabile la posizione della Corte Costituzionale italiana che ha ammesso l' "ordine pubblico" come limite alla libertà di espressione definendolo come una sorte di "ordine pubblico costituzionale" (così, sent. Cort. Cost. 19/1962). Critica di questa giurisprudenza, G. ISOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», op. cit., p. 253: «Ancora ideale quindi, come tale concettualmente manipolabile a seconda di contingenti esigenze repressive, fino a colpire il mero dissenso politico-ideologico». Ancora, vid. osservazioni di PACE in *Giur. Cost.*, 1971, II, p. 1781; o P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, op. cit., p. 125.

¹⁸⁰⁹ In particolare, si v. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, op. cit., pp. 291 ss., ove l'A. riconduce il concetto di «sicurezza pubblica» alla nozione di «incolumità pubblica». Dello stesso A., vid., altresì, G. DE VERO, «Istigazione, libertà di espressione...», op. cit., p. 12, ove si conclude per la compatibilità «con il quadro costituzionale della tutela penale dell'ordine pubblico, purché l'accezione materiale del concetto sia coerentemente sviluppata nel senso della risoluzione del pregiudizio della pace sociale nella prospettiva della commissione di fatti di reato, e della riduzione del profilo psicologico dell'insicurezza a riflesso mediato di una situazione oggettiva di turbamento». G. ISOLERA sostiene che «un concetto di ordine pubblico che prescindendo da specifiche, ed empiricamente apprezzabili, esigenze di pubblica incolumità, sicurezza, salute e tranquillità, non

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, beni come l'ordine pubblico non presentano mai un carattere «neutro», dal momento che, comunque, si caratterizzano per una forte connotazione politica¹⁸¹⁰. Inoltre, nemmeno nel loro significato materiale e oggettivo, possono essere sufficientemente circoscritti ad un unico bene giuridico, essendo piuttosto identificabili in un insieme di beni che recano un pericoloso potenziale espansivo iliberale¹⁸¹¹. Ciò non significa che l'istigazione alla commissione di delitti, scontri od altri atti illeciti non possa essere punita, quanto, piuttosto, che una restrizione dei discorsi negazionisti si giustifica

è rinvenibile tra i valori sanciti dalla nostra Costituzione, né può essere oggetto di tutela in sede penale» («I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 253). E A. PACE afferma come «in un ordinamento liberal-democratico, il concetto, il concetto di ordine pubblico, rilevi esso o non rilevi a livello di legislazione costituzionale, va invece giocoforza ridotto al mero ordine materiale di cui la sicurezza pubblica rappresenta lo stato soggettivo» (in *Giur. Cost.*, 1971, II, p. 1783); dello stesso A., si v., altresì *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.* p. 412. In senso analogo, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.* pp. 264 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 297; M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 568, in cui il concetto di ordine pubblico viene configurato non secondo una accezione ideale, bensì in senso materiale ed empirico.

¹⁸¹⁰Secondo P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 122, si tratta di «un concetto politico, il che provoca tutte le incertezze». C. FIORE, criticando l'orientamento della Corte Costituzionale sull'imposizione di tali limiti alla libertà di espressione, afferma che vi sono «limiti che non troviamo menzionati nella Costituzione: l'ordine pubblico, il prestigio delle istituzioni, ecc., dimenticando che non si tratta di concetti ideologicamente neutri, come fede pubblica o pubblica incolumità. Sono, al contrario, concetti che passano attraverso una mediazione ideologica, che hanno un senso in quanto esprimono posizione ideologiche. Queste, però, per definizione nelle democrazie possono e devono essere potenzialmente conflittuali, cioè trovarsi in conflitto con altre posizioni» («I reati di opinione», *op. cit.*, p. 26). *Vid.* anche, C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 167; DELITALA, Giacomo: «I limiti giuridici alla libertà di stampa». *Diritto penale. Raccolta degli scritti*. Tomo II. Milán: Giuffrè, 1976, p. 964; y G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 255 ss.

¹⁸¹¹C. ESPOSITO si mostra assolutamente critico nei confronti della Corte Costituzionale in relazione al riconoscimento dell'ordine pubblico come limite all'art. 21 Cost., in quanto, «non tanto non consente, quanto esclude che quell'ordine possa giustificare limiti a questa libertà», ponendosi «in sostanziale contrasto con i presupposti e con le ragioni ideali del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero» («La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *Sent. Cort. Cost.* (8 marzo) 16 marzo 1962, n. 19, *Giur. Cost.*, 1962, I, p. 196; e dello stesso A. *vid.*, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 48 ss.). In ogni caso, l'A. riconosce che, seppure non possa riconoscersi l'ordine pubblico come un limite a cui la libertà di espressione sia assoggettabile, tuttavia, ciò non impedisce che «tale ordine non possa mai giustificare concrete e singole limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero» («La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 197 e *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 49). P. BARILE afferma che risulta «del tutto inammissibile, in particolare l'assurdo limite, ripudiato dalla Costituzione in modo espresso a causa della sua troppo ampia discrezionalità, dell'ordine pubblico» («La libertà di espressione del pensiero...», *op. cit.*, p. 861). *Vid.*, altresì, G. ZUCALÀ, «Personalità dello Stato...», *op. cit.*, pp. 101 y ss.

nel momento in cui essi costituiscano l'antecedente idoneo alla violazione dei concreti beni giuridici protetti dalla norma penale¹⁸¹².

In tal senso, si ritiene che «l'istigazione al delitto» rappresentino dei limiti sempre applicabili alla libertà di espressione, in base al quale il discorso negazionista può essere privato di protezione costituzionale¹⁸¹³. In tale ipotesi, più che un limite di carattere generale, riferito alla «proibizione dell'istigazione al delitto», viene in considerazione il bene giuridico aggredito dai delitti che si tratta di prevenire¹⁸¹⁴. In altri termini, il discorso negazionista verrebbe vietato a livello costituzionale in quanto pericoloso per i beni giuridici interessati dal delitto richiamato dall'istigazione medesima¹⁸¹⁵.

¹⁸¹²C. FIORE considera come possano essere sanzionate quelle forme di istigazione che «il contesto specifico della manifestazione del pensiero incriminata permetta di configurare come antecedente causale immediato di una azione costituente reato», e ciò, secondo una visione piuttosto stringente, «dovrebbe essere tale da consentire, nell'ipotesi in cui l'azione delittuosa realmente si verifici, l'incriminazione dell'istigatore, come concorrente nel reato, ex art. 110 c.p.» («Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione», *op. cit.*, p. 8). Ne consegue «l'impossibilità di configurare fattispecie autonome di istigazione, che non siano collegate a ben determinate ipotesi di azione costituente reato» (*ibidem*, p. 8, in nota n. 4). In senso analogo, *vid.* C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, pp. 48 ss. de ÍD., «La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *op. cit.*, pp.193 ss..

¹⁸¹³ La Corte EDU si riferisce in modo generico al limite relativo alla «prevenzione dei reati» (art. 10.2). Sul limite dell'«esigenza di non consentire istigazioni al reato», *vid.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...», op. cit.* pp. 153 ss.; y A. CERRI, «Libertà di manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, pp. 1184 ss. G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 294, volendo dare una lettura costituzionalizzata dell'oggetto del delitto di istigazione (art. 414 C.p.), considera come l'unica interpretazione possibile sia aderire ad una accezione oggettiva di ordine pubblico, come «pericolo di reati». Altri modelli elaborati dalla Corte Costituzionale spagnola in relazione al reato di negazionismo, non necessariamente ricollegato ad una incitazione alla commissione del reato di genocidio, sono nella STC 235/2007, FJ. 5º.

¹⁸¹⁴ Va considerato che i reati connessi all'ordine pubblico riguardano la protezione di un bene giuridico diverso da quello interessato dal reato verso cui si incita o istiga. Ne consegue che particolare attenzione deve essere prestata all'oggetto di tali reati, che resta l'ordine pubblico, non altri beni, accadendo, infatti, che «in questa categoria di delitti sono considerati fatti che, anche se possono tendere alla lesione di particolari beni giuridici [...], costituiscono, di per sè, un bene identificabile pericolo all'ordinato vivere sociale, per la modalità in cui sono compiuti» (G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l')», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Editrice Torinese, Torino, 1982, p. 153). Al riguardo, *vid.* G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 294 ss; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico, op. cit.*, pp. 254 ss. Si ritiene che le principali problematiche di carattere costituzionale collegate ai delitti di istigazione e apologia di reato – autonome fattispecie penali aventi ad oggetto la protezione dell'«ordine pubblico» - trovino origine proprio nella volontà di ravvisare nell'ordine pubblico il bene offeso dalla condotta negazionista.

¹⁸¹⁵ Essendo un reato ciò che si vuole prevenire (ad esempio, la commissione di atti a sfondo razzista), il bene giuridico considerato sarà quello tutelato dai medesimi, solitamente individuato nella «dignità umana» e nel «diritto a non essere discriminati». Pertanto, se ciò che si vuole prevenire è la commissione di un reato di «genocidio», il bene giuridico oggetto di tutela sarà il «diritto all'esistenza» dei gruppi sociali presenti nella società.

Questione distinta sarebbe se si trattasse di una forma di *provocazione a «atti illeciti» che non siano delitti*. A tal rispetto, intendo che ugualmente a quanto affermato relativamente alla «provocazione al delitto», si potrà vietare quel discorso che provochi la realizzazione di «fatti illeciti», ma con un'avvertenza: tali fatti illeciti devono essere rimproverati dall'ordinamento in quanto posti a tutela di beni di rango costituzionale. Di conseguenza, se solo la lesione di un bene di rilevanza costituzionale può fondare un limite alla libertà, a maggior ragione solo potranno vietarsi costituzionalmente quelle forme di provocazione a commettere «fatti illeciti» in salvaguardia di tal genere di beni. Così può succedere, per esempio, per la tutela del diritto a non essere discriminato di ogni persona, se si provoca a commettere atti di discriminazione che, anche se non risulteranno delitto, si potranno apprezzare come illeciti. Tanto nella provocazione al delitto, come, per di più, nella provocazione ad altri atti illeciti, le critiche possono originarsi, come si vedrà nel paragrafo seguente, dalla pretesa di punire penalmente questo genere di condotte che presuppongono una provocazione implicita ed in certi casi che non hanno nemmeno una rilevanza penale. Ed in questi casi, inoltre, si dovrà riscontrare un'effettiva idoneità di porre in pericolo tali beni giuridici. Ciò significa che un discorso non può considerarsi genericamente «provocatore», a meno che per privarlo della protezione costituzionale si dovrà *rilevare pericolo reale e certa a dare luogo alla commissione di un delitto o di un fatto illecito*.

Più problematica mi risulta ammettere che il limite possa giustificarsi perché un discorso possa *apparire di odio o ostile*¹⁸¹⁶, o *pretenda di addottrinare con una ideologia contraria ai valori democratici*¹⁸¹⁷. A questo riguardo, ho ritenuto che corollario del carattere aperto del nostro ordinamento è che non si possa vietare la mera adesione ideologica, per cui «la proclamazione di idee o posizioni politiche proprie o l'adesione a quelle altrui» sarebbe protetta

¹⁸¹⁶ La punibilità del «discorso dell' odio» si estende a molti casi e non solo alla proibizione dei discorsi che istighino alla violenza o alla discriminazione, ma anche all' «odio». Così, per esempio, si veda come la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 vieta la diffusione di idee basate sull'odio razziale o il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966 che nel suo articolo 20 punisce l'apologia all'odio nazionale, razionale e religioso. E, inoltre la Raccomandazione n° R (97) 20 del Consiglio d'Europa sul discorso dell'odio del 30 ottobre 1997. In particolare, occorre ricordare che uno dei criteri affermati dal Tribunale costituzionale spagnolo per giustificare l'esclusione della protezione costituzionale del delitto di negazionismo era precisamente l'incitamento all'odio, violenza, o la discriminazione (SSTC 214/1991, FJ. 8° e 235/2007, FJ. 5°) o come la Corte EDU proclami il limite dei «discorsi politici che incitano all'odio basato sui pregiudizi religiosi, etnici o culturali» e che rappresentano un pericolo per la pace sociale (senteza 16/06/2009, *Féret c./Bélgica*).

¹⁸¹⁷ Così, per esempio, si veda la Sentenza del giudice penale di Barcellona n° 11, 5/03/2010, Libreria Europa II.

costituzionalmente.¹⁸¹⁸ Da qui ne deriva che fare proselitismo per captare adepti dovrebbe essere allo stesso modo protetto se avviene nel rispetto delle forme democratiche. A simili conclusioni giungo con riguardo al discorso negazionista che pretenda di sembrare odioso e ostile: a mio giudizio, qualora questo non si proietti quale provocazione volta alla commissione di delitti o di fatti illeciti offensivi di un bene costituzionale *non credo che debba essere vietato costituzionalmente*¹⁸¹⁹. Non vedo la differenza tra captare adepti per un'ideologia e promuovere un'ideale razzista¹⁸²⁰. La linea è molto sottile, ma bisogna stabilire dove si situa il confine. Il contrario sarebbe, a mia opinione, sanzionare il proselitismo di un'ideologia, il quale, per quanto rimproverabile risulti, credo che debba essere tutelato.

Logicamente, ad una conclusione diversa si giunge qualora si intenda vietare un discorso negazionista dal momento che ci troviamo di fronte ad *un pubblico che manca di autonomia e maturità*, come possono essere i minori o i giovani¹⁸²¹. E neanche mi riferisco ora ad un *contesto di crisi* che potrebbe giustificare mezzi di eccezione¹⁸²².

¹⁸¹⁸STC 235/2007, FJ. 9º.

¹⁸¹⁹Così, specialmente la Sent. Cort. Cost. 108/1974, sul delitto di istigazione all'odio tra le classi, in cui, come si è visto nel capitolo italiano, la Corte Costituzionale intendeva il semplice incitamento o persuasione sulla verità di una dottrina politica o filosofica non giustificava la sua repressione. O, in senso simile, affermava la Corte EDU che i sentimenti sociali che possano vedersi danneggiati dall'esibizione di certi simboli non giustificava la loro protezione (Sentt. Cort. EDU 8/07/2008, *Vajnai c./Ungheria*) e, da un punto di vista liberale, risultano anche di interesse le sentenze della Corte Suprema Nordamericana R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U. S. 377 (1992) y *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 347 (2003). Tuttavia, nello sviluppo delle esigenze internazionali, la opzione di incriminare condotte provocatorie ad atti di odio molto diffusi si è imposta in molti casi, il quale presuppone un autentico controsenso e porta a configurare delitti che in realtà rientrano nella categoria di tipi autonomi in salvaguardia di beni giuridici sopraindividuali per la loro pericolosità collettiva. Si veda per esempio l'art. 510 Cp. spagnolo, o dei delitti antirazzisti della legislazione italiana, come il delitto di istigazione all'odio tra le classi sociali (art. 415 Cp. it.).

¹⁸²⁰Se essere «razzista» è tutelato costituzionalmente, credo che promuovere che altri siano razzisti dovrebbe esserlo ugualmente; questione distinta è provocare a «agire» in modo razzista delinquendo o commettendo atti illeciti per tali motivi. Posso proibire a livello costituzionale una pubblicazione in quanto cerchi di «convincere» la società a stabilire differenze tra le razze? Si potrebbe vietare una proposta «politica» di riforma costituzionale tendente realizzare in Spagna *un apartheid?*

¹⁸²¹ *Vid.* STC 76/1995, caso cómic.

¹⁸²²Su queste questioni *cfr.* particolarmente la posizione di J. M. LANDA GOROSTIZA, «La chiamata bugia di Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 702 ss. In qualunque caso, si tenga in considerazione che le proprie costituzioni, per esempio la spagnola nel suo articolo 55, regolano la sospensione di certi diritti fondamentali ma solo con la dichiarazione di un «estado de excepción o de sitio». Pertanto, c'è da essere prudenti nel momento di invocare «contesti di crisi» per giustificare un abbassamento della garanzia e del riconoscimento di queste libertà fondamentali.

Un'altra possibilità adeguata costituzionalmente sarebbe giustificare la restrizione alla libertà di espressione per il *carattere offensivo dei discorsi negazionisti a beni di natura personale quali l'onore*¹⁸²³. Per di più, il bene giuridico dell'onore potrebbe acquisire un maggiore peso specifico, così rafforzandosi per il canone della dignità umana¹⁸²⁴. In questo modo, il canone che servirà per definire il confine della protezione costituzionale sarà che se con tale discorso si umilierà o dispregerà in maniera vessatoria le vittime del genocidio o i componenti di un gruppo sociale. Allo stesso tempo, si dovrà ammettere la legittimità della pena di quelle espressioni che furono «*minacciose*» e con le quali pertanto si può *coartare la libertà delle persone*.

Invece, *rifiuto la tendenza a fondare questo genere di limiti nella protezione della «dignità umana» nel senso sopraindividuale*, in relazione al principio di uguaglianza e al diritto di non discriminazione¹⁸²⁵. Si tratta di un bene giuridico

¹⁸²³La Cort. EDU ha qualificato il discorso negazionista dell'Olocausto come "una delle forme più gravi di diffamazione razziale degli ebrei" (decisione della Cort. EDU 24/06/2003, *Roger Garaudy c./Francia*). La Corte costituzionale federale tedesca è stata molto marcata in questo senso nel precisare che gli ebrei sono un gruppo possibile oggetto di offesa e che la negazione della loro persecuzione deve per essere considerato un insulto contro questo gruppo e una grave violazione dei loro diritti fondamentali (BVerfGE 90 , 241-255). La Corte belga di Arbitrato (sentenza del 12 luglio 1996) si è posizionata su posizioni simili, e affermando che il reato di negazione dell'Olocausto nazista era una restrizione legittima della libertà di espressione in quanto riconosceva una caratteristica comune dei comportamenti censurati che, anche se indirettamente , erano offensivi per le persone e pretendevano di riabilitare un'ideologia ostile. Nel caso spagnolo è stato studiato come la Corte Costituzionale ha ammesso la punizione di questo tipo di discorso valutando, nelle circostanze del caso, la componente offensiva o degradante (SSTC 214/1991 e 176/1995). Nella sua sentenza 235/2007 riconosceva che una delle forme offensive di questo genere di discorsi può essere il suo carattere "umiliante o degradante rispetto ad un gruppo di persone" (FJ. 9º).

¹⁸²⁴Così, in particolare, si veda SSTC 214/1991, FJ. 8º e 235/2007, FJ. 5º; o la Cassazione italiana riconosceva che la eguale dignità sociale costituisce il fondamento del diritto alla reputazione (Sent. Cass. Pen. V. 16/01/1986).

¹⁸²⁵In dottrina si distaccano in questo senso, *cfr.* L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit., passim*; L. PICOTTI, «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, pp. 130 e ss.; o G. A. DE FRANCESCO, «Commento al Dl. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. della l. 25/6/1993 nº 205», *La Legislazione Penale*, n. 1, 1994, pp. 178 ss.; e anche 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, p. 232; E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 333; 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, pp. 217 ss.; ÍD., «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. 704 ss., riferiti alla legislazione anti-razzista. A livello giurisprudenziale, per esempio, Sent. Cass.,

che, come è stato segnalato, non presenta contorni precisi, il quale, se ammesso come limite, porterebbe a negare la protezione costituzionale ad espressioni per la mera contraddizione formale di fronte a ideali sociali e giuridici¹⁸²⁶. Le sensibilità sociali, i minimi etici comuni non possono essere tutelati in maniera autonoma come beni «supraindividuali»¹⁸²⁷. Per di più, non ha senso ricorrere alla tutela di

III; 13/12/2007, n. 13234 o la Sent. Cass., sez. III, 28/02/2002, n. 7421, che legano i delitti alla legislazione anti-razzista partendo dal riconoscimento della dignità umana e come il bene protetto dagli stessi, o la Sent. Cort. 293/2000, in cui la Corte riconosce la dignità umana come il limite alla libertà di espressione, intesa come il minimo rispetto della persona. In Spagna, possono considerarsi le SSTC 176/1995 y 235/2007.

¹⁸²⁶I quali presuppongono ammettere una nuova forma di «ordine pubblico ideale». Così secondo M. MANETTI la protezione dei valori della libertà e democrazia hanno condotto all'«l'instaurazione di un "ordine pubblico ideale" protetto nei confronti delle manifestazioni di dissenso» («La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 555). Più in concreto, afferma l'autrice che quest'«ordine pubblico ideale internazionale in Europa» conduce all'«imposizione cogente di vincoli che impediscano l'autodistruzione del principio di libertà» e per di più legittimare l'appello alla «virtus repubblicana» (A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 230). Nello stesso senso, sostiene M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, pp. 115-116, che: «La verità è che per l'Europa (e non soltanto per essa) il discorso razzista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche sulle quali è avvenuta la ricostruzione del dopoguerra. Questa valutazione affonda le sue radici nell'esperienza storica del totalitarismo e dell'Olocausto, e nell'angoscia esistenziale che ha accompagnato la totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano», de forma que «[s]i potrebbe dire che il diritto internazionale abbia così instaurato ab externo una protezione della democrazia anche là dove le Costituzioni nazionali non la prevedono». Anche A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*, p. XXVII: «l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi liberaldemocratici uscito dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale: in particolare l'Olocausto è diventato quasi la matrice memoriale, la metafora del ventesimo secolo, impedendo che il passato si decanti in memoria, ma prolungandone la presenza come ossessione del male assoluto». O, Nello stesso senso, *cfr.* E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...*, *op. cit.*, p. 92: «I principi enucleati, quali quelli dell'eguaglianza, della pace e della dignità umana, sembrano così delineare un "ordine pubblico ideale internazionale", che diverrebbe contenuto privilegiato ed essenziale della forma democrática di Stato». *Vid.* anche E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...*, *op. cit.*, p. 342, per cui la dignità umana si porrà in relazione con l'ordine pubblico di fronte al pericolo che possa propagarsi un'ondata razzista in Europa.

¹⁸²⁷In questo senso si esprime VIVES ANTÓN, in relazione a questo genere di limiti che «sólo podrá establecerlos para evitar, efectivamente, desórdenes públicos, no meras alteraciones de la sensibilidad» (*Fundamentos del sistema penal...*, *op. cit.*, p. 807). O molto contundente si mostrava A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 123, che, anche riferito all'ordinamento penale, affermava che il diritto penale moderno non può tutelare valori etico-sociali o principi politici o altre concezioni ideali. Nello stesso senso, importante dottrina ha denunciato l'inclusione di valori morali sopraindividuali dichiarando così la loro sacralità e intangibilità, particolarmente attraverso i limiti penali ai delitti di opinione, così: A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, p. 718, C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 114; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 267 y ss.; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 296 e ss.; o A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión...*, *op. cit.*, p. 342.

beni supraindividuali, quando i beni individuali, come l'onore, si possono proteggere nella loro dimensione collettiva, senza dare luogo ad un bene autonomo, ciò perché sia riconoscono soggetti passivi collettivi,¹⁸²⁸ sia perché si può ritenere che l'onore di una persona può essere compromesso come conseguenza dell'espressioni riferite alla collettività a cui appartiene.¹⁸²⁹ La mia conclusione è, pertanto, che la "dignità umana", come bene giuridico supraindividuale di natura ideale, non può fondare un limite legittimo alla libertà di espressione secondo lo spirito di un ordinamento aperto e personalista¹⁸³⁰. Anche se sono cosciente che la tendenza oggi dominante è precisamente la contraria.¹⁸³¹

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale negli ordinamenti spagnolo e italiano non lo ha sempre tenuto chiaro. Per esempio, nelle sentenze come la 293/2000, nella quale la Corte Costituzionale ha legittimato un limite alla libertà di espressione sulla base della turbativa del «comune sentimento della morale», sintetizzato nel valore della dignità umana. Bene, incluso da questa prospettiva la Corte Costituzionale esige che in concreto il giudice dovesse bilanciare, secondo le circostanze del caso, il «peso» della libertà di espressione di fronte alla «dignità umana». A questo rispetto possono segnalarsi le Sentt. Cort Cost. 368/1992, sul «buon costume» o Cort. Cost. 14/1973, sulla tutela del sentimento religioso. D'altro lato ci sono sentenze come le Sentt. Cort. Cost. 1966 o 243/2001, sul reato di propaganda contro il sentimento nazionale, in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato che non è legittimo punire espressioni che ledono un puro sentimento. In Spagna, il Tribunale Costituzionale ha legittimato delitti a tutela di valori come la «morale pubblica» (STC 62/1982); anche se ha riconosciuto la minore protezione che meritano beni come il «prestigio» delle istituzioni di fronte all'onore inteso in forma personalista (SSTC 107/1988 y 51/1989). La Corte EDU ha mantenuto una giurisprudenza inclusiva a questo rispetto, in cui possono incontrarsi sentenze nelle quali si conclude che «un sistema giuridico che applica restrizioni ai diritti umani per soddisfare i dettami di un sentimento pubblico -reale o immaginario- non si può considerare che soddisfi le necessità sociali imperiose» (Sent. Cort. EDU 8/07/2008, caso *Vajnai c./Ungheria*); mentre in altre ha dato tutela al sentimento religioso di una parte della popolazione (Sent. Cort. EDU 20/09/1994, caso *Otto-Preminger-Institut c./Austria*).

¹⁸²⁸In questo senso, *vid.* STC 176/1995, caso comic o la Sent Cass pen. V 16/01/1986.

¹⁸²⁹Così, per esempio, la STC 214/1991. In dottrina, *vid.* P. BOGNETTI, «Prime note sulla tutela costituzionale...», *op. cit.*, p. 75. Invece, si deve anche considerare la posizione contraria di MANETTI, secondo la quale «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» («L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 107).

¹⁸³⁰In questo senso si è posizionato in maniera molto precisa, FEIJOO SÁNCHEZ: «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)» «Rescisión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens* (La punibilità della negazione della esistenza di Auschwitz), de Thomas Wandres. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 129)», *ADPCP*, vol. LIII., 2000, p. 1200). Tra gli altri, condividono questa posizione critica sull'affermazione della dignità umana come limite supraindividuale alla libertà di espressione, A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe», *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 528 e ss.; ÍD., «Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o

Infine, vale ricordare che buona parte della dottrina non ritiene che la «verità storica» o la «memoria collettiva» possano costituire un autonomo bene giuridico, in quanto «non sembra che la (intangibilità della) “storicità della Shoah” (o persino la “verità come tale”), possa vantare un plausibile inquadramento tra i valori *fondamentali* dell’ordinamento costituzionale capace di giustificare il massimo contrappeso punitivo, offrendosi come plausibile bene giuridico-penale»¹⁸³². Pertanto, seppure sia stato riconosciuto che il delitto di negazionismo sia riconducibile ad una volontà, generalmente condivisa, di tutela della memoria storica, quest’ultima non può convertirsi nel bene giuridico che la fattispecie penale intende tutelare¹⁸³³. Né ciò preclude la considerazione dell’elemento della

xenofobe», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 49 y ss.; C. CARUSO, «Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”. Una rilettura dell’art. 21 Cost.», *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2013, *passim*; G. 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, *op. cit.*, p. 143, o 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, p. 1163.

¹⁸³¹ Serva come esempio V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 883, che intende che il rispetto della dignità umana costituisce un nucleo inderogabile in modo che «solo un imperativo di questa natura può giustificare che si limiti la libertà di espressione»; o L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Cedam, Padua, 2009, pp. 277 y ss.

V. MANES, «Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, apart. 5.4.1. In senso conforme, tra gli altri, *vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 133, secondo cui «Il bene tutelato da queste ipotesi delittuose non può essere individuato nella tutela della verità storica: nessuno, infatti, ha il dovere di verità storica, e tanto meno può essere punito per avere violato questo dovere, anche perché altrimenti si sancirebbe il ruolo del giudice come arbitro della storia» e, «la verità storica non può mai costituire bene giuridico» (E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 51). Condivide tale orientamento M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato...», *op. cit.*, apart. 5^o, secondo cui: «La negazione di una verità, insomma, sia pure la verità di fatti storicamente certi, può essere di volta in volta manifestazione di rozza ignoranza, di scandaloso calcolo politico o di mera bizzarria: se in mala fede, è certo moralmente riprovevole, ma non un reato».

¹⁸³³ Seppure non si riferisca in senso specifico alla sanzione penale – tuttavia, a maggior ragione in riferimento alla ratio della prescrizione – si condivide quanto sostenuto da MERLI, secondo cui «proibire un’idea o un’opinione, per quanto scandalose e dissacranti, come eresie intellettuali, con l’argomento che sarebbero “nocive” o “distruttive”, e imporre con la forza alle persone una verità storica di Stato, chiedendo loro obbedienza per questa o quella “verità”, è tipico di una posizione integralista di chi non riconosce una sfera pubblica laica e non tollera il pluralismo, il dissenso e lo spirito critico come valori all’interno della società» (*Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 32). *Vid.*, altresì, (F. LIENA, «Spetta allo Stato accertare la “verità storica”?», *Giur. Cost.*, fasc. 5, 2009, che afferma che: «L’unico modo per evitare la “tirannide della verità” sarebbe perciò quello di affidare il compito della ricostruzione storica del passato al popolo stesso»; e G. BRAGA, «La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica», en M. AINIS (ed.), *Informazione, potere e libertà*, G. Giappichelli, Turín, 2005, p. 113, «In un ordinamento liberale non

«veridicità» dei fatti come limite interno alle libertà di espressione e di informazione, come si ravvisa in taluni modelli costituzionali.

2.3. Negazionismo, dalla nozione di «fatto storico stabilito» al controllo giudiziale del «metodo scientifico»: criteri validi di distinzione tra lecito e illecito?

Per concludere la trattazione sulle limitazioni della libertà di espressione con riguardo al discorso negazionista, vale evidenziare che la legislazione in materia giunge ad una sorta di «cortocircuito» nel momento in cui le Corti sono chiamate a stabilire se il «discorso negazionista» costituisca un contributo «scientifico autentico» o se, al contrario, non sia altro che una approssimativa alterazione della Storia¹⁸³⁴. *Come viene concretamente a determinarsi tale «cortocircuito»? Che importanza riveste?* Come si è osservato, il discorso negazionista si riferisce solitamente a taluni eventi del passato e, in molti casi, i negazionisti si presentano come «storici» che supportano le loro affermazioni in modo pseudo-scientifico; ne consegue che può sorgere il dubbio che tali discorsi, oltre a costituire un potenziale esercizio della libertà di espressione, siano, altresì, una espressione della libertà scientifica¹⁸³⁵. Il problema è, dunque, riuscire a tracciare un confine tra ciò che rappresenta un legittimo esercizio di tale libertà ed altre espressioni che, seppure incluse in via generale nella libertà di espressione, non godono del «valore aggiunto» dato dalla presunta identificazione con una indagine scientifica. Per tale motivo, pare non vi sia altra alternativa se non il

dovrebbe mai ritenersi auspicabile, in linea di principio, la fissazione *ex lege* di una determinata verità storica».

¹⁸³⁴ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 145 ss., solleva il problema dell'applicazione dei metodi scientifico e giuridico nella definizione della verità storica nel corso di un processo. In proposito, si v., altresì, (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. 151 ss., che, in senso analogo, evidenzia l'incertezza legata alla effettiva definizione degli eventi storici che la memoria si prefigge di tutelare. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 89 ss., ammette che il giudice si occupi delle problematiche riguardanti il metodo scientifico nella misura in cui le medesime si riferiscano ad ideologie che si avvalgono, a loro volta, di metodi scientifici per diffondere contenuti razzisti.

¹⁸³⁵ Se nel paragrafo precedente si è sottolineata la rilevanza del conflitto tra la sanzione penale relativa al reato di negazionismo e la libertà di espressione, è ora necessario indagare sulla possibile lesione della libertà di ricerca scientifica. Nel caso in cui quest'ultima entri in relazione alle manifestazioni negazioniste, l'interpretazione dei limiti alla libertà di espressione può essere intesa in senso più restrittivo (Sentt. Cort. EDU 29/06/2005, *Chauvy c./Francia*, § 69; 21/09/2006, *Monnat c./Svizzera*, § 64; 17/12/2013, *Perinçek c./Svizzera*, § 100). In questo punto, la sentenza della Corte Costituzionale spagnola n. 43/2004 afferma con decisione che «el debate histórico disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información» (FJ. 5º).

ricorso al controllo in sede giudiziale per comprendere se si tratti di una analisi aderente al cosiddetto «metodo scientifico»¹⁸³⁶.

In tale prospettiva, secondo E. FRONZA, si corre il rischio di passare dal paradosso del contenuto al paradosso del metodo¹⁸³⁷. Ad avviso di chi scrive, tale questione non presenta, in realtà, dei profili particolarmente problematici. I giudici non devono decidere sulla Storia¹⁸³⁸, *nè stabilire quale sia la metodologia che la scienza è tenuta a seguire; ciò che devono fare, per esigenze strettamente giuridiche, è poter determinare l'ambito garantito da una libertà e verificare se, in relazione ad*

¹⁸³⁶ La Corte Costituzionale spagnola sostiene che questa libertà deve essere riconosciuta nel momento in cui l'indagine scientifica «efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica» (STC 43/2004, FJ. 5º). Nella sent. n. STC 235/2007 la Corte stessa applica tale orientamento al discorso negazionista e lo riporta alla protezione costituzionale relativa alla libertà di ricerca scientifica ogni qual volta si tratti di «mera difusión de contenidos en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad» (FJ. 8º). In proposito, pare che il criterio adottato per distinguere se un discorso sia o meno meritevole di tutela costituzionale sia, più che un mero giudizio di valore, il rispetto del metodo di ricerca scientifica, che, come affermato nella prima sent. costituzionale quivi citata, non si deve necessariamente essere caratterizzato da una neutralità assoluta.

Anche i tribunali francesi hanno iniziato a considerare la riconducibilità dei discorsi negazionisti alla protezione garantita alla libertà di ricerca scientifica. *Vid.* sent. del *Tribunal de Grande Instance*, del 2 aprile 1998 e la sent della Corte d'Appello di Parigi del 10 febbraio 1999 che si conclude con la sent. della Corte EDU 29/06/2005, *Chauvy c./Francia*. Fu proprio la Corte EDU, valutando l'adeguatezza delle decisioni assunte dagli organi nazionali, a concludere che «the autor had failed to respect the fundamental rules of historical method in the book and had made particularly grave insinuations» (§77=. Più di recente, si ricorda la sent. *Tribunal de Grande Instance* de Lion de 3 de enero de 2006, sul caso Theil, su cui *vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 149. La Corte di Arbitrato belga, nella sent. del 12 luglio 1996, rimetteva in capo ai giudici la facoltà di verificare, nel caso concreto, che le espressioni negazioniste non presentassero carattere scientifico.

¹⁸³⁷ E. FRONZA si domanda: «(...) in che termini si svolge il giudizio sul metodo? Cosa significa proteggere penalmente un metodo scientifico e, in questo caso, il metodo sottrico?», e ancora, «[u]n giudice è nella condizione di giudicare il metodo di ricerca storica, essendo egli un giudice e non uno storico?» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 150). «Cercando di sfuggire quel "paradosso del contenuto", che consiste nel rendere verità sottratta al giudizio della storia un evento, non si rischia qui di cadere in un'aporia speculare, un "paradosso del metodo" che giudica della validità dall'esterno canoni corretti e "definitivi"?» (*ibidem*, p. 151). Per concludere che: «La risposta ci lascia più di un dubbio sulla percorribilità di questa via» (*ibidem*). In senso analogo, v. E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, pp. 42 e ss. e *Íd.*, «The punishment of negationism...», *op. cit.*, pp. 620 ss., dove l'A. ribadisce l'impossibilità di trasformare un giudice in uno storico e di scindere il metodo storico da quello giuridico.

¹⁸³⁸ La Corte EDU ha affermato che «it is not the Court's role to arbitrate the underlying historical issues» (Sentt. Cort. EDU 29/06/2005, *Chauvy c./Francia*, § 69; 21/09/2006, *Monnat c./Svizzera*, § 57; 23/09/1998, *Lehideux y Isorni c./Francia*, § 47). Tale orientamento è stato accolto dalla Corte Costituzionale spagnola nella sent. n. 235/2007, FJ. 4º sul delitto di negazionismo. Al riguardo, v., altresì, STC 43/2004, FJ. 8º, secondo cui: «El ejercicio de nuestra jurisdicción [...] no sirve para enjuiciar la historia, y menos aún para cambiarla o silenciar sus hechos».

esso, sia stato applicato un metodo scientifico¹⁸³⁹. A tal fine, determinante è lo strumento della perizia, che accerta se l'oggetto di discussione risponda o meno alle caratteristiche proprie di un'indagine scientifica. Alcune fattispecie penali, che incriminano specificatamente il negazionismo, includono una clausola di carattere generale che stabilisce la atipicità delle condotte legate l'esercizio della libertà scientifica¹⁸⁴⁰.

Si ricorda, comunque, come, in riferimento al «negazionismo dell'Olocausto», le Corti tedesca ed austriaca non abbiano ammesso lo svolgersi di un regime probatorio sulla veridicità di questi fatti, in quanto l'Olocausto nazista può essere considerato soltanto in quanto «fatto storico incontrovertibile»¹⁸⁴¹. La stessa Corte EDU ha aderito a tale orientamento, specificando, peraltro, che assumere come incontrovertibili tali eventi storici, non lede in alcun modo nè il diritto alla prova, nè il diritto ad un equo processo¹⁸⁴².

Dunque, si può giungere ad ammettere che, a livello processuale, l'Olocausto viene assunto come un «fatto certo», che, dinanzi all'esigenza di stabilire la veridicità di fatti ad esso collegati, come limite alla libertà di espressione e di informazione, non ammette prova. In tal modo si evita di trasformare il processo penale in un giudizio sulla veridicità o meno di un fatto storico, come in parte è accaduto con il processo (civile) sul caso Irving in Inghilterra¹⁸⁴³.

Invece, altro aspetto problematico è dato da un orientamento più risalente, che considera il discorso negazionista come pura negazione dei fatti.

Diversi problemi sono, altresì, determinati dal fatto che, per negare un «fatto storico incontrovertibile», i negazionisti restino necessariamente – e senza che ciò comporti a loro scapito una maggiore accusa – al di fuori dell'ambito di

¹⁸³⁹ S. GARIBIAN afferma che «la supuesta amenaza que hace la ley Gayssot al principio de investigación científica –por el hecho de que los jueces se inmiscuyen en el debate de los historiadores-, se trata nuevamente de un profundo malentendido» («Derecho, Historia, memoria...», *op. cit.*, p. 8), e aggiunge che «[I]o que le importa al juez, no es la cuestión de saber si lo que el historiador dice es cierto, sino de saber si su trabajo y sus alegatos traslucen una intención de perjudicar, o si responden al deber de objetividad y a las reglas de buena fe» (*ibidem*).

¹⁸⁴⁰ La legislazione tedesca prevede una apposita clausola che vieta la sanzione di condotte relative all'istruzione della cittadinanza, al mondo dell'arte, della scienza, della ricerca, ecc. Anche la Polonia prevede una clausola relativa alle ipotesi di ricerca scientifica. Lo stesso Israele stabilisce non vengano sanzionati rapporti od opere veritiere od imparziali.

¹⁸⁴¹ In proposito, *vid.* Sentt. Cort. EDU 23/09/1998, *Lehideux y Isorni c./Francia*, § 47 e 24/06/2003, *Roger Garaudy c./Francia*.

¹⁸⁴² *Vid.* la decisione sul caso *Hans-Jürgen Witzsch c. Alemania* (1999) e le pronunce della Commissione X c. *Repubblica Federale Tedesca* (1982), *Walter Ochensberger c. Austria* (1994), *Otto E.F.A. Remer c. Germania* (1995), *Gerd Honsik c. Austria* (1995), *Irving c. Germania* (1996).

¹⁸⁴³ Nel caso *Lipstadt c. Irving*, la storica coinvolta dovette difendere il suo scritto testimoniando in giudizio che Irving aveva deliberatamente falsificato gli eventi storici.

protezione della libertà scientifica, partendo dal presupposto che la loro analisi storica non si pone come obiettivo la «ricerca della verità»¹⁸⁴⁴. Si tratta di aspetti differenti: da una parte non si ammette alcun elemento probatorio sull'esistenza (o inesistenza) dell'Olocausto, essendo assunto come un «fatto noto»; dall'altra parte, non si consente, a livello giudiziale, nemmeno una discussione sul fatto si tratti o meno di una ricerca storiografica, presupponendosi che, in ogni caso, i negazionisti falsifichino la Storia, senza seguire alcun metodo scientifico di ricerca. Come si può differenziare allora tra negazionisti e revisionisti? Soltanto per il contenuto? Perlomeno quest'ultimo aspetto si ritiene debba essere oggetto dell'analisi giudiziale. Infatti, come già osservato, sebbene il discorso negazionista difficilmente soddisfi gli *standard* di rigore minimi che caratterizzano una ricerca scientifica rigorosa, deve, comunque, ammettersi che esistono casi al limite tra il negazionismo e il legittimo revisionismo storico. In tali ipotesi, solo una accurata analisi giudiziale della metodologia potrà chiarire se si tratti effettivamente di una ricerca scientifica, per quanto eccentrica, o se, al contrario, sia una mera falsificazione storica che non può in alcun modo rientrare nell'esercizio della libertà scientifica.

3. Revisione critica delle differenti manifestazioni del reato di negazionismo nel quadro europeo: una proposta di rilettura costituzionalmente orientata

3.1. La Decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sulla lotta a forme e manifestazioni di razzismo e xenofobia nel diritto penale

Prima di formulare un'ipotesi di delitto di negazionismo nell'ambito del quadro europeo, pare opportuno illustrare i termini della Decisione quadro 2008/913/GAI, seppure a titolo introduttivo. In sostanza, la norma europea prevede la pena della «reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni» (art. 3)¹⁸⁴⁵, per le seguenti condotte:

¹⁸⁴⁴ Così afferma la Corte EDU nella decisione su caso *Roger Garaudy c./Francia*: «*There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth*».

¹⁸⁴⁵ Come evidenzia P. LOBBA la Decisione quadro europea adotta la cosiddetta tecnica del «compasso editale», secondo la quale «Si parla in questo caso di livello minimo del massimo editale. Si tratta di una tecnica normativa che, pur approntando un certo grado di armonizzazione, tenta di salvaguardare la potestà punitiva nazionale, tenendo conto delle forti differenze tuttora esistenti tra i sistemi punitivi degli Stati membri. L'apposizione di vincoli più stringenti, in tale contesto, finirebbe per influire negativamente sulla coerenza interna degli ordinamenti penali

«Articolo 1. Reati di stampo razzista o xenofobo

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili:

a) l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica;

b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale;

c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro;

d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell' 8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro.

*2. Ai fini del paragrafo 1, **gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi.***

3. Ai fini del paragrafo 1, il riferimento alla religione è diretto a comprendere almeno i comportamenti usati come pretesto per compiere atti contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica.

4. All'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui renderà punibili la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui al paragrafo 1, lettere c) e/o d), solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale.»

senza, tra l'altro, giungere ad un'effettiva armonizzazione, impedita dalle eterogenee discipline sul trattamento penitenziario» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 134).

La Decisione quadro identifica, quindi, in relazione al negazionismo, alcune condotte minime condannabili, seppure non consideri qualsiasi tipo di discorso negazionista dell'Olocausto o di altri genocidi, ma solamente quelli che presentino gli elementi caratterizzanti i delitti propri della legislazione contro il «discorso dell'odio». La Decisione offre, in tal modo, un modello «base» di incriminazione del delitto, già di per sé qualificato, seppure consenta altre forme di qualificazione dello stesso, come si vedrà più avanti.

Si procede ora all'analisi dei diversi elementi caratterizzanti il delitto di negazionismo.

3.2. La definizione della condotta tipica: azioni tipiche, crimini di riferimento ed altri elementi

3.2.1. Il (non risolvibile) deficit di tassatività dell'ampia gamma di azioni tipiche connesse al discorso negazionista

Accingendosi ad analizzare il delitto di negazionismo, vale distinguere, da una parte, le «azioni tipiche», e, dall'altra, i crimini «oggetto» dalle stesse, che, come noto, dovrà corrispondere a quello previsto in una fattispecie criminosa già disciplinata (e in via di principio «già» commessa). Stando alle previsioni della Decisione quadro europea, verranno punite, in quanto «azioni tipiche», l'«apologia», la «negazione» o la (grossolana) «banalizzazione»¹⁸⁴⁶ dell'Olocausto. Si tratta di uno spettro molto ampio, che pare necessario circoscrivere¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴⁶ Cipro, Malta, Lituania, Ungheria e Bulgaria che hanno pedissequamente trasposto le previsioni della Decione quadro europea. In Spagna, la proposta di riforma legislativa in materia considera le previsioni di rango europeo, seppure nella sua attuale previsione la fattispecie penale riguardi solamente la «giustificazione» e la «pretesa di riabilitare i regimi» che hanno perpetrato i genocidi. La condotta di mera «negazione» è stata dichiarata incostituzionale dalla STC 235/2007. In Austria negare e minimizzare tali condotte include il «lodare» – in senso analogo alla condotta di apologia del reato – e «la volontà di giustificare» le stesse. La Lettonia distingue le condotte tese a «lodare» le espressioni negazioniste da quelle volte a «negare» e «approvare» le medesime. Altri Stati contemplan le condotte di negazione e minimizzazione, riferendosi, però, piuttosto che all'apologia di reato, alle azioni di «approvare» o «giustificare»: la Germania («approvare», «negare» o «minimizzare»); il Belgio («discutere circa l'esistenza di» [*contesté*], «minimizzare», «giustificare», «approvare»); la Repubblica Ceca e la Repubblica Slovacca («negare», «mettere in dubbio», «approvare», «giustificare»); la Repubblica di Slovenia («negare», «minimizzare il significato», «approvare», «disprezzare», «ridicolizzare» o «sostenere»); la Romania («negare», «discutere circa l'esistenza di» [*contesting*], «approvare», «giustificare»); la Svizzera («negare», «minimizzare», «giustificare»). Infine, vale ricordare vi sono Paesi che puniscono la sola negazione o la discussione circa l'esistenza di tali fatti storici [*contesté*]: la Francia («discutere circa l'esistenza di» [*contesté*]); il Portogallo («in particolare attraverso la negazione»); la Polonia («negare, in senso contrario ai fatti accaduti»); Israele («negare» o «minimizzare»). Per le espressioni verbali ci si è

Le condotte corrispondenti al nucleo di un discorso negazionista saranno la «negazione» o la «banalizzazione» di un genocidio (già accaduto). La condotta di «negazione» non lascia spazio a dubbi interpretativi: consiste nel sostenere che taluni fatti non siano accaduti¹⁸⁴⁸. Meno definiti sono i contorni di ciò che può essere inteso come «banalizzazione», all'interno della quale possono essere inclusi sia la minimizzazione in senso quantitativo dei crimini, sia la relativizzazione qualitativa degli stessi. Verrebbero, così, ad essere ricompresi nella fattispecie discorsi che, seppure non neghino direttamente i fatti, avanzano dei dubbi sulla veridicità degli stessi, li sminuiscono ossia li alterano. In riferimento a tali condotte, vengono utilizzati indistintamente i verbi «banalizzare», «sminuire»¹⁸⁴⁹ o «minimizzare» nelle diverse fattispecie penali in materia. Ordunque, come stabilito dalla Decisione quadro europea, questa fattispecie viene limitata dal non poter considerare tutti i tipi di relativizzazione, ma solamente le forme di banalizzazione più gravi¹⁸⁵⁰.

Le fattispecie penali di alcuni Paesi, considerano, altresì, condotte fondate sull'«approvazione» o sulla «giustificazione» dei crimini. In senso analogo, opera il riferimento alle condotte basate sulla «contestazione» dei fatti, riprendendo la terminologia utilizzata dalla Ley Gayssot francese, nonché da Lussemburgo¹⁸⁵¹. Ciò presuppone un ulteriore passo nella valutazione delle condotte criminose: non si tratta, infatti, solamente di «negare» o di «mettere in discussione» l'esistenza di taluni fatti, quanto, piuttosto, di rappresentare gli stessi come accettabili o giusti¹⁸⁵².

avvalsi della traduzione inglese della Commissione europea, traducendo, in particolare, l'espressione «*public condoning*» con il termine per «apologia».

¹⁸⁴⁷Per un commento sulle condotte tipiche di questi delitti, *vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, pp. 141 ss.; o E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 18 ss.

¹⁸⁴⁸La Corte costituzionale spagnola ha interpretato la condotta di negazionismo come: «mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o que no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio» (STC 235/2007, FJ. 7º). La Corte di Arbitrato belga ha inteso la condotta di negazione come la volontà di «impugnare» totalmente l'evento storico (Sentenza di 12 luglio 1996).

¹⁸⁴⁹In proposito, *cfr.* la proposta della Commissione per una Decisione quadro in materia di lotta al razzismo e alla xenofobia del 28 novembre 2001.

¹⁸⁵⁰Ciò veniva richiamato dalla Corte di Arbitrato belga per ammettere la punizione delle condotte maggiormente diffuse, come la minimizzazione (sentenza della Corte di Arbitrato del Belgio, del 12 luglio 1996). Esistono, altresì, Paesi che puniscono qualsiasi forma di minimizzazione. È il caso della Germania, del Lussemburgo o della Repubblica di Slovenia.

¹⁸⁵¹In proposito, *vid.* Corte d'appello di Parigi n. 08/00017 del 2 aprile 2009; n. 08/02208, del 21 gennaio 2009; n. 07/08276, del 18 giugno 2008; n. 01/01445, dell'11 settembre 2002; n. 5571/91 del 1 aprile 1992 (casi riportati da (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 51 ss.).

¹⁸⁵²La Corte Costituzionale spagnola ha affermato che, una giustificazione delle condotte negazioniste, è da intendersi come «relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de

Da parte sua, la Decisione quadro contempla anche la condotta legata alla nozione di «apologia» per il delitto di negazionismo. Si ritiene si tratti di una condotta che presuppone un livello di identificazione con il crimine senz'altro maggiore rispetto alla semplice approvazione o giustificazione del medesimo, dal momento che implica l'«elogiare» il crimine o i suoi autori¹⁸⁵³.

Secondo tale prospettiva, il ventaglio di condotte riconducibili al delitto di negazionismo, accolto dalla maggior parte degli Stati che lo hanno previsto¹⁸⁵⁴, risulta molto ampio, ricomprendendo fattispecie che vanno dalla mera negazione o relativizzazione dei crimini ad altre che implicano la giustificazione, l'approvazione o l'apologia degli stessi. In proposito, vale evidenziare che si ravvisa immediatamente un problema di *deficit* di tassatività, una carenza del tutto significativa in relazione alla limitazione della libertà di espressione¹⁸⁵⁵. Problema particolarmente evidente se si considera il *chilling effect* di fronte alle condotte revisioniste, che potrebbe legittimamente ricondursi all'esercizio della libertà di espressione, rafforzata dalla libertà scientifica. Se si vuole formulare una fattispecie penale specificatamente anti-negazionista, tale problematica pare di difficile risoluzione, considerata la diversità delle forme con cui si presenta il discorso negazionista. In compenso, si potrebbero introdurre, come si vedrà, diverse clausole di limitazione della portata criminosa delle fattispecie tipizzate¹⁸⁵⁶. Dunque, sebbene non sembri adeguato porre sul medesimo livello condotte caratterizzate da un grado di gravità sensibilmente differente, come

una cierta identificación con los autores» (STC 235/2007, FJ. 7º). In senso analogo, si v. quanto concluso dalla Corte di Arbitrato belga nella sentenza del 12 luglio 1996.

¹⁸⁵³ *Vid.* quanto previsto dalla legislazione di Lettonia o Austria.

¹⁸⁵⁴ Un'eccezione sembra data dalla Francia, nella misura in cui non punisce le mere condotte di «negazione», come accade in altri Stati, se non nell'ipotesi in cui assumano una forma più qualificata, come la «discussione circa l'esistenza di» [*contesté*]. Vale, altresì, richiamare l'esempio della Polonia che punisce esclusivamente la condotta del «negare, in senso contrario ai fatti accaduti», senza contemplare altre forme di approvazione o giustificazione, senza che ciò precluda la possibilità di perseguire tali condotte in relazione ad altre fattispecie penali.

¹⁸⁵⁵ La tassatività di questi precetti era messa in discussione per esempio in Sent. Cort. EDU 17/12/2913, *Perinçek c./Svizzera*, § 71, riferita al tipo penale svizzero del negazionismo che puniva qualsiasi condotta di negazione di genocidi; o, riferita al tipo de la Ley Gayssoy, il Comitato dei Diritti Umani dell'ONU criticava anche l'ampiezza della stessa (Comunicazione n° 550/1993: France, caso Faurisson, 16/12/1996 (CCPR/C/58/550/1993)). Dalla sua parte, il Governo ungaro è stato tra quelli che si è posizionato in maniera critica in relazione al deficit di tassatività di questo genere di precetti, seguendo proprio la dottrina della sua stessa Corte Costituzionale, in particolare la sua sentenza n° 18/2004, de 25 di maggio.

¹⁸⁵⁶ Secondo E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 141 la volontà di delimitare l'ambito dell'illiceità sembra quasi impossibile, in quanto: «la frequente confusione fenomenologica delle espressioni, unita all'indeterminatezza di concetti quali la minimizzazione grossolana o la contestation, rende illusorio il tentativo di circoscrivere l'area di illiceità selezionando i tipi di espressioni proibita».

possono essere la «negazione» di un crimine e l'«apologia» dello stesso, ciò, di fatto, potrebbe accadere, data la complessità dei discorsi oggetto di questa analisi, in cui spesso si combinano formule meramente negatorie, di banalizzazione o giustificazione dei crimini ed espressioni apologetiche o di elogio. Come visto e come meglio si analizzerà, nella misura in cui il contenuto offensivo si carica della stessa qualificazione offensiva delle condotte, tutte queste azioni possono essere poste su di uno stesso livello. Al fine di rispettare quanto più possibile le disposizioni della Decisione quadro europea, pare, quindi, preferibile aderire ad una definizione ampia delle condotte di rilievo penale riconducibili all'ipotesi di delitto di negazionismo.

3.2.2. Il «discutibile» ampliamento delle condotte oggetto del delitto di negazionismo

Nel difficile bilanciamento tra libertà di espressione e discorsi negazionisti, la considerazione delle condotte criminose previste nella Decisione 2008/913/GAI rappresentano un elemento fondamentale. Infatti, se il negazionismo dell'Olocausto è stato il «*topos*» che ha dato origine alla normativa stessa¹⁸⁵⁷, essa ha notevolmente ampliato la sua portata riferendosi ad altre fattispecie criminose. La Decisione quadro, in due lettere distinte dell'art. 1, estende le condotte tipizzate, dapprima, ai «crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti negli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale» (art. 1.1.c); in secondo luogo, ai «crimini definiti nell'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945» (art. 1.1.d).

In tal modo, l'elemento tipico della condotta delittuosa sarà determinato anche da azioni (negazione, approvazione...) riferite a taluni «crimini» contro la Comunità Internazionale (quali genocidi, crimini di guerra, crimini contro l'umanità). Vale evidenziare che, solitamente, si tratta di crimini già perpetrati, sicchè, in alcuni casi, vengono in considerazione solamente qualora sia già intervenuta una pronuncia giudiziale. Tuttavia, tentando di formulare una specifica fattispecie penale relativa al negazionismo, può sorgere il dubbio se sia opportuno

¹⁸⁵⁷ Per P. LOBBA l'Olocausto si presenta «(...) come *topos* fondativo» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 137) e «la Shoa non è un genocidio come gli altri e gode indubbiamente di un rilievo privilegiato rispetto a tragedie di analogo carattere atroce e massivo, venendo a rappresentare, mutuando parole riferite ad altri fenomeni, un "fattore di unità morale"» (*ibidem*, p. 140).

condannare le condotte di apologia qualora riferite in astratto a tali crimini contro l'umanità, ma, di fatto, non riguardanti crimini già commessi¹⁸⁵⁸.

Vale evidenziare che, tra le varie legislazioni in materia di negazionismo, particolare interesse assumono quelle elaborate solamente da alcuni Stati che hanno deciso di mantenersi fedeli alla ragione ultima della norma, tipizzando solamente le condotte riferite ai crimini della Seconda Guerra mondiale; tra quei Paesi è possibile, a sua volta, distinguere quelli che prevedono una punizione solamente per i crimini legati al Nazionalsocialismo¹⁸⁵⁹ da quelli che condannano anche i crimini perpetrati dal regime sovietico¹⁸⁶⁰.

Di orientamento opposto sono gli Stati che hanno esteso la sanzione penale a qualsiasi altro crimine contro la Comunità Internazionale (genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra)¹⁸⁶¹, aderendo completamente all'ampia definizione della fattispecie penale prevista dalla Decisione quadro europea. Pare significativo che, nella proposta della Decisione quadro da parte della Commissione, si distinguessero, da una parte, l'«apologia pubblica», legata alle finalità razziste o xenofobe dei crimini previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale; dall'altra parte, le condotte di negazionismo o banalizzazione riferite, in senso specifico, ai crimini della Seconda Guerra mondiale. Tenuto conto di tale distinzione, il discorso negazionista poteva essere punito esclusivamente nel caso in cui si riferisse allo specifico accadimento dell'Olocausto. La formulazione vigente richiama invece la punizione di tutte le azione tipiche per entrambi genero di crimini.

¹⁸⁵⁸ La negazione o minimizzazione di un crimine vanno necessariamente riferite ad un fatto accaduto, considerando, tuttavia, la possibilità che da ciò tragga origine una più ampia condotta di apologia di reato o giustificazione in astratto degli atti commessi. Tali dubbi sorgono, ad esempio, in relazione al modello spagnolo, nel momento in cui si riferisce in senso generico al delitto di genocidio secondo la fattispecie prevista dal Codice penale spagnolo.

¹⁸⁵⁹ Così viene previsto in Germania, Austria, Belgio, Israele e Francia. Seppure non sia possibile estendere la portata di tali fattispecie penali a crimini commessi al di fuori dell'«Asse europeo», tuttavia, si tratta di ipotesi punibili secondo i criteri e i requisiti previsti dallo Statuto del Tribunale Penale Internazionale, come dimostra il fatto si riferiscano a condotte condannate da altre corti penali. In tal senso, secondo E. FRONZA: «Notiamo, però, come il testo della legge faccia riferimento al concetto generale di crimini contro l'umanità: una nozione la cui estensione, già al tempo del provvedimento di legge, era molto più ampia della sola Shoah, e che, quindi, pone in essere una forte tensione potenziale all'allargamento della norma a ricomprendere altri crimini» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 49).

¹⁸⁶⁰ È il caso della Polonia, della Repubblica Ceca e dell'Ungheria.

¹⁸⁶¹ Così Lussemburgo, Cipro, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Slovenia, la Lettonia, la Lituania, la Romania e la Bulgaria. La Spagna, con l'attuale formulazione dell'art. 607.2 C.p., sanziona unicamente la negazione dei crimini di genocidio, ma non altri crimini contro la Comunità internazionale, sebbene valga ricordare che vi è una proposta di riforma del Codice penale per estendere il reato anche ai crimini contro l'umanità e legati alla guerra.

Attraverso l'ampliamento delle condotte criminose relative al negazionismo si può osservare la forza espansiva insita in tale delitto, che si allontana dal suo fondamento originario legato alla memoria dell'Olocausto, dal delitto conosciuto come la «menzogna di Auschwitz»¹⁸⁶². In ogni caso, come già si osservava al termine del paragrafo precedente, se la volontà del legislatore è quella di incriminare il discorso negazionista, pare che l'orientamento più adeguato sia quello adottato dalla Decisione quadro, che prevede la condanna della negazione o giustificazione di qualsiasi crimine contro l'umanità, anche considerato nella sua dimensione astratta, soprattutto nell'intento di abbandonare l'idea che con tale delitto si voglia dare una tutela di natura «straordinaria» alla memoria di un solo tragico evento storico.

3.2.3. Ulteriori elementi restrittivi dell'ambito punitivo

In ultima analisi, vale considerare gli ulteriori elementi che consentano di meglio definire l'ambito interessato dal delitto di negazionismo, nonché la portata del disvalore nel medesimo.

A. Il carattere pubblico

Il carattere pubblico è un elemento caratteristico dell'iniquità propria dei delitti di provocazione, che ne rafforza la riprovevolezza quando si tratti di insulti od altre vessazioni espresse oralmente. In proposito, la Decisione quadro europea stabilisce che la punizione delle condotte tipizzate sia prevista esclusivamente quando le stesse siano realizzate «pubblicamente». Tale requisito è stato sussunto dalle legislazioni dei diversi Stati europei, seppure attraverso formulazioni che presentano lievi sfumature di distinguo (in riunioni pubbliche, attraverso qualsiasi mezzo di diffusione, ecc.)¹⁸⁶³. Si tratta, pertanto, di una clausola di incorporazione

¹⁸⁶² P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 142, definisce l'estensione dell'oggetto delle espressioni incriminate come «il vero punto dolente nell'incriminazione del negazionismo».

¹⁸⁶³ Il caso dell'art. 607.2 C.p. spagnolo rappresenta un caso del tutto particolare, in quanto il carattere pubblico previsto nella fattispecie dovrebbe essere dedotto dall'azione di «diffusione attraverso qualsiasi mezzo», venendosi, così, a punire condotte che, seppure non pubbliche, hanno realizzato la detta diffusione tra più persone. La proposta di riforma del C.p. non riguarda, tale previsione e non richiama il requisito della pubblicità dell'azione. In altri Paesi, quest'ultimo profilo non si presenta particolarmente problematico, prevedendosi espressamente che la condotta incriminata sia pubblica (Cipro, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Ungheria, Repubblica di Slovenia, Lettonia, Lituania, Bulgaria, Svizzera, Israele) ossia avvenga attraverso

quasi obbligatoria nel momento in cui si configura un delitto di tale natura, dato che ci si troverebbe dinanzi ad un evidente eccesso punitivo, qualora venissero colpiti dalla sanzione penale i soggetti che esprimono opinioni negazioniste nella propria sfera privata.

B. Determinazione in via giudiziale dei crimini di negazione attraverso le sentenze delle Corti nazionali ed internazionali

È stata denominata «clausola francese»¹⁸⁶⁴ quella che trae origine dalla legislazione di questo Paese, ripresa, con alcune differenze, anche da altri Stati¹⁸⁶⁵. Tale clausola reprime i discorsi negazionisti legati a crimini contro la Comunità internazionale già giudicati da parte di una Corte nazionale od internazionale ossia soltanto internazionale. Una delle principali critiche mosse a questa clausola consiste nel fatto che essa pare salvaguardare in via prioritaria la forza della «verità giudiziale» (o della «autorità giudiziale»), operando una distinzione tra le vittime del delitto in ragione dell'intervento o meno di una pronuncia giudiziale¹⁸⁶⁶. Del tutto giustificabile risulta, pertanto, non includere questo genere

mezzi di diffusione pubblica, durante riunioni o in luoghi pubblici (Germania, Austria, Francia, Belgio, Lussemburgo, Portogallo e Romania).

¹⁸⁶⁴ Vid. P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 147.

¹⁸⁶⁵La clausola della Ley Gayssot prevede che i crimini di negazionismo siano stati stabiliti da una sentenza del tribunale di Norimberga, di una corte francese ovvero internazionale. Lussemburgo recepisce tale clausola, seppure con una distinzione: con riguardo ai crimini della Seconda Guerra Mondiale, gli stessi devono essere stati commessi da una organizzazione individuata come criminale dallo Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga o compiuti da un soggetto dichiarato colpevole di tali crimini dalla giurisdizione lussemburghese, straniera o internazionale; in riferimento stabiliti dallo Statuto del Tribunale Penale Internazionale, gli stessi dovranno essere riconosciuti come tali da una giurisdizione del Lussemburgo o internazionale. La Repubblica Slovacca ha accolto la detta clausola in sede di Consiglio europeo, pur non riconducendola ad una specifica fattispecie penale interna. La Lituania opera una peculiare distinzione tra i crimini stabiliti dalla legge lituana o dall'UE, quelli su cui sia intervenuta la sentenza di un tribunale lituano o internazionale e i reati contro la Repubblica. Tanto la Romania, quanto la Spagna, nelle proposte di riforma dei rispettivi codici penali, hanno espresso l'intento di aderire a clausole di questo genere.

¹⁸⁶⁶ Per P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 147, «la clausola francese discrimina irragionevolmente tra crimini di indubbio carattere atroce e massivo sulla base di un requisito eccentrico rispetto alla *ratio* che dovrebbe sottostare al divieto di espressioni negazioniste» e aggiunge che «[l]'oggetto giuridico tenderebbe così ad identificarsi con la salvaguardia dell'autorità di tali organi giurisdizionali –attraverso la tutela dei “fatti giudizialmente stabiliti”-, svincolandosi dalle ragioni incentrate sulla lotta a razzismo e xenofobia». In tal senso, E. FRONZA ritiene che «[s]i rischia, sostanzialmente, di originare una gerarchia delle memorie storiche e dei negazionismi» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 73).

di clausole, che, a posteriori, possono condurre verso una distorsione – piuttosto che verso una corretta definizione – della fattispecie penale.

C. Riferimento a gruppi di persone o soggetti ad essi appartenenti, individuati in base a razza, colore, religione, ascendenza od origine nazionale od etnica

Si tratta di una clausola tipica dei delitti assimilabili al «discorso dell'odio» che identifica una serie di «gruppi target», destinatari delle condotte¹⁸⁶⁷. Si fonda sulla speciale vulnerabilità di questi caratterizzati per condizione razziale, colore, religione, ascendenza o loro origine nazionale o etnica. Si rende necessario distinguere questa clausola tra altre molto simili che tali precetti solitamente riconoscono. Così, per esempio, alcuni paesi riconoscono un clausola molto simile, ma che viene ad indicare «la ragione» o il «carattere» su cui si fonda l'offesa contro il gruppo: l'insulto o la discriminazione deve prodursi per ragione della condizione razziale, etnica o religiosa della persona o del gruppo¹⁸⁶⁸. Anche se molto vicina, questa definizione può ritenersi distinta dalla caratterizzazione della condotta, richiedendo espressamente un elemento soggettivo alla maniera dell'aggravante razzista: quando la condotta si realizzi per alcuni «motivi concreti»¹⁸⁶⁹. Bene, tra le distinte possibilità credo che la formulazione della Decisione quadro sia la più adeguata, esigendo che questo tipo di discorso sia «diretto» contro persone e gruppi caratterizzati da alcune peculiari caratteristiche (razza, genere etc...), rafforzando il suo carattere antiggiuridico e, per di più, si potrà già con ciò ritenere sussunto il rimprovero tipico dell'aggravante razzista (anche in senso oggettivo).

3.3. L'offensività della condotta tipica: dalla presunzione di offensività al contenuto volto all'istigazione o all'insulto. Una proposta critica

L'elemento chiave relativo alla definizione del disvalore del reato di negazionismo si rinviene nella considerazione concreta dell'offensività della condotta. Attraverso la mera descrizione della condotta non risulterebbe, infatti,

¹⁸⁶⁷Recepiscono tale clausola la Bulgaria, Cipro e Malta e, nella proposta di riforma al Codice penale, la Spagna.

¹⁸⁶⁸E' il caso di Portogallo e Svizzera. Nel caso di Svizzera, LANDA GOROSTIZA sosteneva che questa clausola serviva a delimitare il soggetto passivo (*La intervención penal frente a la xenofobia...*, op. cit., p. 166).

¹⁸⁶⁹Per esempio, in Austria la dottrina discute se il delitto di negazionismo esige che le condotte si realizzino anche in "senso nazionalsocialista».

ben delineato il profilo di ingiustizia contemplato dalla norma; di ciò si sono dimostrati coscienti diversi legislatori europei, seppure non tutti.

In alcuni Paesi si è accolta una fattispecie penale *priva di una specifica «qualificazione» della condotta*¹⁸⁷⁰, mentre altri ordinamenti hanno incluso nella formulazione della condotta il requisito dell'offesività della stessa, con ciò intendendo la *capacità di provocazione*¹⁸⁷¹ ovvero il *carattere di insulto, vessatorio o minaccioso*¹⁸⁷² della stessa, ossia *entrambe tali ipotesi*¹⁸⁷³. Come detto, la Decisione quadro europea parte già da una definizione delle condotte negazioniste «qualificate» nella forma della provocazione, che ravvisa la condotta delittuosa «basica» in quella identificata dalla legislazione anti-razzista ed anti-xenofoba, ma che ne consente, comunque, delle ulteriori qualificazioni. La questione non è di scarso rilievo, dal momento che da essa dipende l'individuazione del bene giuridico oggetto di protezione e il giudizio di legittimità a cui le stesse condotte possono soggiacere.

3.3.1. Sull'offesività «in sé» delle condotte negazioniste ovvero sulla presunzione della sua pericolosità

Alcuni Stati hanno optato per costituire il tipo penale senza riconoscere espressamente alcuna qualificazione offensiva della condotta di reato, anche se hanno incluso qualche clausola addizionale per restringere l'ambito della

¹⁸⁷⁰Si riferiscono esclusivamente ai crimini della Seconda Guerra Mondiale il Belgio, la Francia, l'Austria, la Polonia, la Repubblica Ceca (che richiama, altresì, espressamente anche un «danno nei confronti della società») e l'Ungheria; si riferiscono, in via generale, ad ogni crimine contro la Comunità internazionale la Spagna, Lussemburgo, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Slovenia e la Lettonia.

¹⁸⁷¹La Germania, stabilisce che le condotte siano «idonee a turbare la pace pubblica». La Bulgaria prevede la punizione delle condotte negazioniste quando «creino pericolo di violenza ovvero odio» contro un gruppo individuato in base alla razza, al colore, alla religione, alla discendenza, ecc. In Spagna, la proposta di riforma del Codice penale prevede siano punite tali condotte: «quando promuovano o favoriscano un clima di violenza, ostilità, odio o discriminazione» verso determinati gruppi bersaglio o i membri ad essi appartenenti.

¹⁸⁷²*Vid.*, le previsioni in materia di Portogallo e Svizzera.

¹⁸⁷³È il caso di Cipro, che riprende integralmente la Decisione quadro europea, punendo le condotte che, intenzionalmente, siano in grado di turbare l'ordine pubblico o si minaccino lo stesso, siano illegittime od oltraggiose, o, infine, quelle condotte che incitano alla violenza o all'odio contro persone o gruppi. In senso analogo, Malta riprende le previsioni di rango europeo, distinguendo, da una parte, le condotte negazioniste e, dall'altra, quelle idonee a turbare la pace pubblica, minaccino la stessa o siano illegittime od oltraggiose. La Lituania considera queste ultime ipotesi, mentre Israele adotta una qualificazione di carattere soggettivo, prevedendo che tali condotte siano attuate con lo specifico intento di difendere coloro che hanno perpetrato i crimini legati all'Olocausto o di simpatizzare ed identificarsi con costoro.

punibilità (specialmente pubblicità e determinazione giudiziale dei crimini negati). E' stato il caso, per esempio, belga o francese, anche se riferito «solo» ai crimini della II Guerra mondiale; o più manifesto, il caso della Spagna, che riferisce le azioni tipiche a qualsiasi genocidio. Ma anche molti altri paesi hanno ricorso a tale formulazione¹⁸⁷⁴.

Il carattere antiggiuridico si incontra insito nelle specifiche condotte negazioniste, per cui la sola realizzazione dell'azione tipica sarebbe idonea a giustificare il rimprovero penale, risultando di per sé offensive¹⁸⁷⁵. Ma tale considerazione come «male in sé» del discorso negazionista può giustificarsi: a) perchè si intende che qualsiasi negazione di un genocidio è di per sé lesiva dei diritti delle vittime (onore/dignità), in tal caso saremmo di fronte ad alcune condotte che sono considerate dal legislatore come offensive in se stesse (insultanti o vessatorie); b) ammettendo la loro pericolosità «presunta» per provocare atti di reato e ostili¹⁸⁷⁶. La domanda sarà allora: *E' ragionevole la base sulla quale il legislatore avrà fondato tale componente offensiva sulla mera condotta di negare o approvare un crimine contro l'umanità?* Ora, tale giudizio assoluto di offensività è già difficile da argomentare in forma generale e per lo stesso negazionismo dell'Olocausto; e ancora più infondato appare, a mio parere, per il negazionismo di altri crimini¹⁸⁷⁷. In tal senso, sulla pericolosità di questo tipo di discorso, sembra oltremodo smisurato stabilire a livello penale una presunzione *iuris et de iure* consistente nel ritenere che le condotte negazioniste risultino idonee a perturbare l'ordine pubblico o a provocare la commissione di atti di reato (o anche di ostilità) contro persone o gruppi. Il legislatore, per di più, ha cercato di castigare l'azione «nuda» come l'espressione di un'idea o con un contenuto determinato, senza il «rivestimento» del contenuto offensivo fuori dalla sua

¹⁸⁷⁴Si veda i paesi menzionati nella nota precedente.

¹⁸⁷⁵Così, nella nota precedente si è segnalato come un settore dottrinale sostiene che qualsiasi discorso negazionista deve intendersi in ogni caso offensivo.

¹⁸⁷⁶In questo senso, *cf.* M. TROPER, «Derecho y negacionismo...», *op. cit.*, p. 980, «en el caso del negacionismo, el legislador presume que procede de una intención de generar odio, y que es susceptible de tener dicho efecto». P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 133, segnala che le Corti costituzionali tedesche e greche hanno optato per l'opzione legislativa che valuta la «pericolosità in sé delle affermazioni negazioniste». Non entro ora in tale delicata questione, che si affronterà nel seguente paragrafo, se si può fondare il rimprovero penale nella provocazione a compiere azioni che non sono reati.

¹⁸⁷⁷Inclusi i tribunali che si sono pronunciati in maniera più decisa assumendo il carattere in ogni caso offensivo del negazionismo, come la Corte EDU o il Tribunale Costituzionale tedesco, lo hanno sempre fatto in relazione al negazionismo dell'Olocausto. Questa conclusione si vede rinforzata dalla Sent. Corte CEDU 17/12/2913, *Perinçek c./Svizzera*, in cui la Corte non deduceva dalla punizione di alcuni discorsi negazionisti del genocidio armeno la dimostrazione che gli stessi avrebbero messo in discussione l'ordine pubblico svizzero (§ 75) e, in ogni caso, concludeva che la loro pena non era «necessaria in un società democratica» (§§ 76 y ss.).

diffusione «pubblica»¹⁸⁷⁸. E, in tal senso, non credo che esista una base razionale (vista nel senso statistico) che permetta di presumere *ex lege* la connessione causale, in termini di probabilità, tra le mere condotte negazioniste e la commissione di atti criminali contro persone o gruppi¹⁸⁷⁹. Sarebbe una questione diversa in un «contesto di crisi», ma de *lege lata* questi reati non presentano tale esigenza in nessun paese.¹⁸⁸⁰.

Per altro lato, come affermazione generica riferita a tutto il discorso negazionista, tutt'al più può sostenersi che questi tipi di discorsi «urtano la sensibilità» sociale e, specialmente quella dei gruppi delle vittime. Bene, come già si è detto, qualsiasi società che assuma il pluralismo e la libertà di espressione come base non può fondare la punibilità di un determinato discorso sul fatto che lo stesso offenda la «sensibilità» collettiva o il senso del «minimo etico» comune in una società democratica.¹⁸⁸¹ Nemmeno credo che sia ammissibile ritenere che

¹⁸⁷⁸Si potrebbe chiedersi la legittimità della possibilità di ricorrere ad una formula di pericolo astratto/presunto nel caso in cui il legislatore fosse capace di definire normativamente quelle condizioni in cui questo tipo di manifestazioni sarebbero idonee a creare un pericolo effettivo; qualcosa che è assolutamente complesso delimitare a livello legislativo. A tal riguardo, *cfr.* G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 161 e E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, paragrafo 4^o.

¹⁸⁷⁹In questo senso, J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 343, che qualifica come «pronóstico imposible», o A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, pp. 34 e ss., riconosce che risulta difficile che la condotta negazionista possa intendersi idonea per se stessa quando l'autore è un individuo che non riveste posizioni di potere nell'apparato istituzionale. Da qui, vietando questo genere di delitti per la loro pericolosità significa produrre il risultato tanto vacuo come il divieto di preparare il terreno psicologico per la generazione di un genocidio o di un generico clima di ostilità, in cui il contenuto antigiusuridico si riduce più ad un imperativo norativo che ad un'autentica constatazione offensiva contro un bene giuridico e che, infine, termina per punire la diffusione di certe idee (così, per esempio, *vid.* L. PICOTTI, «Diffusione di idee "razziste" ...», *op. cit.*, p. 437; o ÍD., «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, p. 134). In senso critico, *vid.* M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1135; J. L. DíEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.*; 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, p. 190).

¹⁸⁸⁰*Vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 173 e ÍD., «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 318 e p. 342; ÍD., «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 607 y 22.

¹⁸⁸¹Condivido con FRONZA che «[u]na libera manifestazione del pensiero può essere, anzi, deve forse poter essere anche perturbativa, dissonante, divergente rispetto alle "verità" dominanti ed anche rispetto alle verità storiche» (*Il negacionismo come reato*, *op. cit.*, p. 145), in maniera che anche se si riconosca il potenziale sovversivo e scioccante di idee negazioniste, occorrerà domandarsi «se non è forse questa l'essenza della libera manifestazione del pensiero, ovvero il suo essere pericolosa in quanto capace di modificare e mettere in discussione decodificazioni sedimentate e consacrate di eventi storici significativi» (*ibidem*, p. 145). In questo senso, *cfr.* A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

tutta l'espressione negazionista sia di per sè ingiuriosa, minacciosa, o vessatoria secondo un'ampia formulazione della fattispecie. In definitiva, con questa formulazione tipica si viene a creare «una responsabilità assoluta rispetto alla quale non esiste difesa possibile»¹⁸⁸².

Tanto è così che i tribunali costituzionali, al momento di riconoscere l'illegittimità di tali tipi di reato, hanno fatto sforzi interpretativi straordinari, che in realtà si sono trasformati in autentiche decisioni manipolative o additive, deducendo contenuti «impliciti» dalle condotte al fine di conferire loro un contenuto minimo di antigiuridicità materiale e permettere così il controllo ultimo da parte dei giudici. Paradigmatiche in questo senso sono le sentenze dei tribunali costituzionali spagnolo¹⁸⁸³ e belga¹⁸⁸⁴, o dei tribunali ordinari francesi¹⁸⁸⁵. La Corte Costituzionale italiana, anche se non si è pronunciata su un reato di negazionismo, non (ancora) esistente in questo ordinamento, ha dovuto confrontarsi con

¹⁸⁸²Sono parole di Rajsoomer LALLAH nel suo voto concorrente alla decisione del Comitato dei Diritti umani della ONU al caso Faurisson (Communication n° 550/1993: France. 16/12/1996 – CCPR/C/58/550/1993), riferite alla formulación della Legge Gayssot. E che, come ha sostenuto PERIS RIERA, anche in relazione ad un altro genere di delitti ugualmente limite come è la regolazione penale della manipolazione genetica: «Muy pocas garantías ofrecerá el criterio de la necesaria ofensividad si una aplicación inadecuada del principio de legalidad penal se plasma en tipicidades de elasticidad tan grande “que pueden abarcar cualquier comportamiento por alejado que se encuentre de los objetos de protección”, con tal actitud del legislador aquellos serán *ratio* pero no “límite” de las incriminaciones» (*La regulación penal de la manipulación genética*, Civitas, Madrid, 1995, p. 87)

¹⁸⁸³Come si è studiato, il tribunale costituzionale spagnolo in STC 235/2007 riconobbe la illegittimità costituzionale di punire la semplice «negazione» del genocidio in quanto non si poteva dedurre da tale azione una «adesione valoriale al fatto criminale», nemmeno poteva considerarsi che con la stessa si perseguiva la generazione di un clima di ostilità e molto meno che era idonea a conseguirlo. In cambio, forzava il tenore letterale dell'azione di «giustificare» per dedurre dall'azione stessa tale elemento «tendencial incitador, indirectamente, a tales actos de hostilidad o delictivos» (STC 235/2007, FJ. 9º). In ogni caso, il Tribunale Costituzionale spagnolo esigeva che le condotte rimproverate rappresentino «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad». La maggioranza della giurisprudenza ordinaria posteriore alla sentenza ha inteso optare per intendere che si tratti di un pericolo astratto (si veda Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, 5/03/2008; sentencia del Juzgado Penal de Barcelona n° 11, de 5/03/2010 y della Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 26/04/2010, e più specialmente la sentenza Audiencia Provincial de Barcelona, n° 892, de 7/10/2009), sebbene il Tribunal Supremo cercò di rileggerlo come un reato di pericolo ipotetico, esigendo che si verifici almeno l'idoneità dell'azione per porre in pericolo il bene giuridico (STS n. 149, de 12/04/2011).

¹⁸⁸⁴La Corte di Arbitrato belga, nella sua sentenza 12 luglio 1996, per giustificare il tipo penale dedusse quale caratteristica comune alle condotte tipiche il fatto di voler riabilitare una ideologia ostile e offendere le persone. La Corte belga ammetteva la presunzione *ex lege* da tali elementi, ma lasciava aperta la possibilità che si poteva dare prova del contrario.

¹⁸⁸⁵I tribunali francesi hanno fatto uno sforzo interpretativo nell'applicazione del delitto di negazionismo, fissando alcuni criteri di valutazione che vanno al di là dell'azione tipica e portano a considerare il contesto, i fini e il proprio metodo per dare rilievo tipico alla condotta.

problematiche similari con altri delitti¹⁸⁸⁶ costruiti legislativamente come tipi di reato di mera condotta o di pericolo presunto, e che sono stati «ricostruiti»¹⁸⁸⁷ dalla Corte, esigendo una concreta idoneità lesiva della condotta¹⁸⁸⁸. In senso contrario si è considerata la posizione dei quei tribunali, in particolare della Corte EDU e del Tribunale federale tedesco, che almeno per il negazionismo dell'Olocausto, considerano che questo tipo di espressioni sono in ogni caso insultanti. Una posizione che potrà condurre a essere giustificata in un contesto sociale tedesco¹⁸⁸⁹- con particolare attenzione al carattere militante di questi ordini costituzionali-; sebbene, per paradosso, il legislatore tedesco non ha voluto andare tanto in là nella sua definizione del tipo *ad hoc* di negazionismo si che ha qualificato la condotta esigendo nel tipo penale la sua idoneità a turbare la pace pubblica. Perché una cosa è che si giunga ad ammettere la privazione della protezione costituzionale al discorso negazionista (al meno quello dell'Olocausto), altra cosa è ammettere che in ogni caso possa essere punito penalmente.

¹⁸⁸⁶ In particolare il delitto di istigazione all'odio tra le classi sociali (415 C.p. it), il delitto di apologia (414.3 C.p. it.) o i delitti di apologia e manifestazioni fasciste inclusi dalla Legge Scelba (l. n. 645 del 20/06/1952) e il delitto di apologia del genocidio (L. n. 962 de 9 de ottobre de 1967).

¹⁸⁸⁷ Cfr. G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.* o G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 2.

¹⁸⁸⁸ Vid. Sent. Cort. Cost. 65/1970, sul reato di apologia (art. 414,3 C.p. it.), la cui punibilità è ammessa nella misura in cui «integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; o la Sent. Cort. Cost. 108/1974, sul delitto di «istigazione al odio fra le classi sociali» (art. 415 C.p. it.), che era dichiarato incostituzionale nella misura in cui «non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Nello stesso senso, cfr. Senti. Cort. cost., 1/1957, 15/1973; 19/1962; 87/1966. Non è chiara, tuttavia, la sua posizione nella Sent. Cort. Cost. 74/1958. In relazione ai delitti di vilipendio si può segnalare, Sent. Cort. Cost. 20/1974 e 531/2000. La Corte di Cassazione, da parte sua, non ha ricevuto in maniera omogenea tale giurisprudenza e ha oscillato nel momento di concretizzare la idoneità lesiva e pericolosa esigibile da questi delitti, presentando in alcuni casi la idoneità come «mera possibilità» a che si commettano delitti (così per esempio, cfr. Sent. Cass., I, 17/11/1997, Sent. Cass., I, 05/05/1999, n. 8779; Sent. Cass., I, 27/09/1991). Tuttavia, in qualche caso ha mantenuto la presunzione di pericolo. Così, nel delitto di apologia al genocidio la Cassazione ha optato per definirlo come un delitto di pericolo presunto (Sent. cass., I, 29/03/1985, n. 507); o anche il delitto di incitamento a commettere violenza per motivi razziali, etnici etc. (art. 3.1.b l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dalla l. 25 giugno 1993, n. 205) è stato definito come «un reato di pura condotta e di pericolo astratto, e non essendo revocabili in dubbio» (Sent. Cort. Cass., I, 26/11/1997). In altri gradi, sono emerse sentenze come la Sent. Tribunale di Milano, 25/02/2003, n. 415 o la Sent. Ass. Milano, 14/11/2001. In dottrina, cfr. L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 183 e ss e 279 y ss., con una rilettura in chiave costituzionale dei delitti di provocazione ; y F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 171 e ss.

¹⁸⁸⁹ Come segnala M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato...», *op. cit.*, epigrafe 5, anche in altri paesi questo tipo di discorso può risultare idoneo a determinare un pericolo per la pace pubblica, non sembra il caso dell'Italia, dove non si avverte la necessità di una norma di genere. A questo rispetto, si veda anche la posizione della Corte EDU con rispetto del negazionismo di altri genocidi diversi dall'Olocausto in Sent. Cort. EDU 17/12/2913, *Perinçek c./Svizzera*, § 75.

Ciò che è certo è che, alla fine, sia per decisioni interpretative (addittive) delle corti costituzionali, sia per la pratica dei tribunali ordinari, negli ordinamenti che abbiano optato per configurare un delitto di negazionismo senza «qualificare» le condotte tipiche (presumendo il suo disvalore insito nella stessa azione di negare o giustificare i crimini), si è dovuto «arricchire» la concezione degli stessi per evitare un puro «reato formale»¹⁸⁹⁰. Questo ha condotto che *nella pratica giudiziale si sia imposta, per giustificare il disvalore dell'atto –la sua antigiuridicità-, la necessità di esigere più che la mera constatazione che si era prodotto la negazione o l'approvazione di un genocidio*, come letteralmente prescrivono i tipi penali. Se si considera che, alla luce del contesto, forma e contenuto, lo stesso risulta idoneo a suscitare atti di ostilità o abbia una potenzialità offensiva. Una interpretazione addittiva che va in detrimento dei caratteri della determinazione e della tassatività esigibili per qualsiasi norma giuridica restrittiva di un diritto fondamentale, e che per di più se è una norma penale; per cui si rimanda alle critiche svolte nel paragrafo precedente data l'ampiezza delle azioni tipiche. Come avvertiva lo stesso Comitato dei diritti umani della ONU con riguardo alla legge Gayssot, per cui se si «qualifica» come penale una fattispecie che vieta una così vasta gamma di condotte, esiste il rischio concreto che si possa castigare espressioni meritorie di protezione costituzionale¹⁸⁹¹. Cosa che sembra incompatibile con un concetto di democrazia aperta¹⁸⁹².

¹⁸⁹⁰Questo rischio era già temuto nell'approvazione parlamentare della Decisione quadro europea come evidenziò la COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR, *Informe sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, 14.11.2007 (A6-0444/2007).

¹⁸⁹¹Nella sua decisione del Comitato di diritti umani dell'Onu sul caso Faurisson (Communication n° 550/1993: France. 16/12/1996 – CCPR/C/58/550/1993) lo stesso comitato avvertiva che la Legge Gayssot poteva portare a condanne incompatibili con lo stesso Patto; un deficit di prevedibilità che è stato avvertito dal TEDH analizzando il tipo penale svizzero del negazionismo nella Sent. Cort. EDU 17/12/2913, *Perinçek c./Svizzera*, § 71.

¹⁸⁹²Molto pungente si mostra MERLI quando incrimina senza qualificare queste condotte: «È pur vero che la negazione (ma anche la minimizzazione) dell'Olocausto esprime una subdola forma di antisemitismo, attribuendo implicitamente agli ebrei la responsabilità di averne creato il "mito". Tuttavia la punizione del c.d. negazionismo, della semplice (cioè non qualificata) negazione di un fatto storico, non solo introduce una più incisiva limitazione della libertà di espressione (si incrimina, infatti, non una propaganda razzista, ma una semplice manifestazione di opinione che solo genericamente contiene in sé l'incitamento all'odio, alla violenza o ad atti arbitrari). Apre uno scenario normativo e politico molto lontano dalla logica della democrazia e di una "società aperta"» (*Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 47). O per BARGIACCHI «[p]unire il negazionista in mancanza di tale qualificazione significa, invece, punire la libertà di pensare sulla base della presunzione che chi nega, per ciò solo, è un razzista» («Cenni sulle tendenze...», *op. cit.*, p. 79).

3.3.2. I discorsi negazionisti e il suo carattere di provocazione (in senso improprio). Una critica

La qualificazione dell'offensività del delitto di negazionismo per cui hanno optato la maggior parte dei Paesi che lo prevedono, si fonda sull'effetto di provocazione¹⁸⁹³. Tale effetto si manifesta, in senso improprio, dal momento che il discorso negazionista, per sua natura, si presenta soltanto come una «incitazione nascosta» (o indiretta). Per questo motivo, dare una lettura dello stesso come forma di provocazione esige, da un *punto di vista oggettivo*, il difficile compito di considerare la contestuale presenza di ulteriori elementi per poter stabilire che un discorso che, inizialmente, non contempla la «forma» dell'incitazione, può, tuttavia, terminare, supponendola¹⁸⁹⁴. Da un *punto di vista soggettivo*, invece, sorgono dei

¹⁸⁹³In proposito, si può considerare come qualificazione di base quella definita nella Decisione quadro europea, che prevede la punizione del negazionismo «*quando le condotte possono incitare alla violenza o all'odio contro un determinato gruppo o un membro del medesimo*». La Decisione quadro consente, altresì, di qualificare ulteriormente la condotta, adottando quella che può essere definita la «clausula tedesca» (P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 149), richiedendo che le condotte «*addivengano ad una forma che possa dar luogo a turbamenti dell'ordine pubblico*». L'esempio paradigmatico della formulazione tedesca è dato dal delitto della cosiddetta «menzogna di Auschwitz», adottato nel 1994, che stabilisce che le condotte negazioniste presentino «una forma adeguata per turbare la pace pubblica» (art. 130.3 StB). Per una critica alla configurazione del delitto in base a clausole di pericolo collegate al carattere di istigazione del discorso negazionista, si v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 138 ss. Per un riferimento ai Paesi che hanno adottato questo modello, si v. nota precedente.

¹⁸⁹⁴L'elemento *oggettivo* della condotta di provocazione corrisponde alle azioni tipizzate (negare, giustificare, fare apologia dei crimini). Ciò comporta la considerazione di una provocazione «impropria» o «indiretta», dal momento che il discorso non presuppone di per sé una provocazione alla commissione dei suddetti atti, che verrebbero a determinarsi al di là della forma «nascosta» tipica di questo genere di discorsi. Questa pare essere la differenza rispetto alle condotte considerate dalla Decisione quadro europea all'art. 1, lett. a), tutte riferite alla «pubblica incitazione». In altri termini, se non si considera la lett. a) come riferita a forme di «incitazione diretta», le condotte negazioniste contemplate dalla successive lett. c) e d) potrebbero ricadere integralmente nelle previsioni della lett. a), dato che prevede per entrambi i casi il requisito della pubblica intimidazione. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, *op. cit.*, p. 48, critica, tuttavia, tale impostazione, in quanto «non si comprende allora appieno quale sia realmente la fattispecie che si vuole colpire, apparendo il disposto coto e confuso, in quanto l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di Genocidio, se attuate in modo da istigare alla violenza e all'odio, sono di per sé stesse accomunabili (cioè rientrano a pieno titolo) ai reati fra quelli più genericamente individuati ai due commi precedenti». Si ritiene che tale obiezione possa trovare fondamento soalmente nel momento in cui si consideri che la lett. a) si riferisca a forme di provocazione diretta, mentre le lett. c) e d) si riferiscono ad una specifica modalità di provocazione indiretta.

In ogni caso, pare paradossale che «negare» un fatto possa trasformarsi in una «istigazione» al commetterlo. A tal fine, sarà necessario valutare le circostanze dell'azione, per comprendere se, effettivamente, sussista l'elemento dell'istigazione. Non pare considerare tali problematiche D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 46, che si domanda retoricamente: «ma quali altre parole

dubbi sul contenuto che integra il dolo (dolo generico, dolo generico «istigatore», dolo legato all'apologia...) ¹⁸⁹⁵. Il vero nodo gordiano resta, comunque, nella definizione del «evento lesivo temuto» in relazione al bene giuridico, e nella forma idonea a rilevare la portata offensiva della condotta stessa (un giudizio di pericolosità concreto, astratto, presunto...).

In concreto, al momento di costruire questi reati come forma di provocazione credo che debba rigettarsi la formulazione di questi tipi penali come **“reati di clima” o perturbanti “l’ordine pubblico” per la pericolosità (potenziale) della condotta**. Tra questi tipi di condotta, mi riferisco a quelle fattispecie penali il cui precetto esige in maniera specifica che la condotta risulti idonea a produrre «l'evento lesivo temuto»¹⁸⁹⁶, ciò che a mio giudizio comporta che tale idoneità non può «in ogni caso» ritenersi presunta nella condotta¹⁸⁹⁷. Non

dovrebbe prevedere il discorso negazionista perché si intraveda finalmente, in tale condotta, una “idoneità a fini istigatori del mezzo di diffusione utilizzato”? Sono davvero necessarie parole più esplicite (del tipo: uccidiamo gli ebrei ancora in circolazione)?».

¹⁸⁹⁵ Per quel che concerne *l'elemento soggettivo*, se l'antigiuridicità della norma si fonda nel pericolo che deriva dalla provocazione, il dolo dovrebbe allora riferirsi anche alla consapevolezza ed alla volontà che altre persone commettano gli atti lesivi temuti. Il dolo dovrebbe essere «arricchito» verificando non solo che il soggetto agente intenda negare od approvare determinati crimini, bensì che, in tal modo, voglia determinare in altri soggetti lo stimolo a compiere determinate azioni. Si tratterebbe di quello che parte della dottrina definisce come «dolo istigatore» o, quanto meno, «dolo apologetico». Sull'elemento soggettivo nei delitti di opinione e di provocazione, v., in particolare, (L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, op. cit., pp. 348 ss. In una prospettiva di revisione sulla formulazione dei vari delitti, le attuali condotte tipizzate non sembrano fornire elementi di chiarificazione.

¹⁸⁹⁶ In questo senso credo che debba essere letta la Decisione quadro che prescrive che le azioni tipiche possono dare luogo a turbative o il tipo tedesco che stabilisce che devono essere «adeguate a turbare». In Germania la dottrina e la giurisprudenza hanno interpretato il delitto di negazionismo come una figura di pericolo astratto anche se il valore dell'idoneità offensiva (*ex ante*) della stessa. Queste conclusioni sono anche estrapolabili da alcune interpretazioni manipolative che, senza condurre all'esigenza di verificare un pericolo concreto, richiedono che i giudici valutino una idoneità offensiva della condotta. Così, in Spagna, secondo quanto visto, la maggioranza della dottrina aveva interpretato il delitto di negazionismo come un reato di pericolo astratto, ma la Corte Suprema, dopo la sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo, apre la possibilità di leggerlo come delitto di pericolo ipotetico (STS 259/2011).

¹⁸⁹⁷ Secondo me, in quei casi in cui la condotta tipica va “arricchita” con l'esigenza di una idoneità lesiva (così come la turbativa dell'ordine pubblico o la generazione di un certo clima), tale idoneità non può essere fissata dal legislatore come una conseguenza necessaria della realizzazione della condotta. E' per quello che credo che, anche si tratti di una «pericolosità dell'azione» che non esige un evento, questa dovrà intendersi come una pericolosità *iuris tantum* o come un pericolo ipotetico o potenziale, ma non come una presunzione *iuris et de iure*. Molto interessante a tale rispetto è la rilettura del risultato nei reati a pericolo astratto di VARGAS PINTO, che postula che il contenuto antigiuridico del delitto a pericolo astratto «se fundamenta en la idea de pérdida de control o dominio por la realización de una conducta concretamente peligrosa de

si tratta di una pericolosità presunta -il cui fondamento è stato già scartato nel capitolo precedente- ma di un'attitudine «potenziale» a ledere il bene giuridico.¹⁸⁹⁸ Una costruzione tipica che mantiene alcune problematiche importanti che la rende difficilmente accettabile a livello costituzionale.

In primo luogo, occorre considerare che l'offensività delle condotte va ad incentrare il peso del disvalore sull'"azione", il quale già presuppone un'anticipazione del giudizio di offensività. Non è che si punisca per l'«evento lesivo» ma per un' «azione» che si considera idonea a ledere. Ma tale idoneità deriva dall'innescarsi di un corso causale psicologico che può condurre, attraverso l'azione materiale di altri, alla lesione del bene giuridico, il che, come è stato detto, allontana il giudizio dal principio di responsabilità penale personale, e per di più la valutazione di tale idoneità potenziale non potrà reggersi su una base empirica di ordine materiale o naturale, ma socio-politica, difficilmente definibile dal legislatore *a priori* o verificabile (*ex ante*) dal giudice. Seguendo JAKOBS si può intendere che si fa rispondere l'autore delle manifestazioni «di una conseguenza *sui generis* del fatto, concretamente di avere creato un "clima" spirituale nel quale possa proliferare la realizzazione di fatti consecutivi e, questi la violazione di norme principali da cui deriva la privazione coattiva dei diritti»¹⁸⁹⁹. Il che significa che è in gioco l'esercizio di una libertà fondamentale¹⁹⁰⁰. Da qui importante dottrina ha messo in discussione il ricorso a formule di pericolo astratto o presunto in delitti di opinione, anche se si ammettesse la rottura di tale «presunzione» di pericolosità¹⁹⁰¹. Una critica che credo estensibile ai delitti di

quien tenía el deber de controlarla». In questo senso, el «estado de peligro abstracto» se determina como creación de una «situación de incontrollabilidad» que la norma busca reprimir y evitar» (*Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 438).

¹⁸⁹⁸ In questo senso, la Corte Suprema spagnola ha detto che si deve verificare per applicare il reato di negacionismo: «un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a ma medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante»; e aggiungeva, «[n]o se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege» (STS 259/2011). *Vid.* altresì la posizione di riferisce VARGAS PINTO chi riferisce «la concurrencia de un peligro real al bien tutelado» que no debe ser malinterpretada como la peligrosidad concreta de la conducta o como puesta en peligro concreto (*Delitos de peligro abstracto...*, *op. cit.*, p. 438).

¹⁸⁹⁹G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», *Íd.*, *Estudios de Derecho Penal*, UAM/Civitas, Madrid, 1997, p. 319.

¹⁹⁰⁰Come riferisce JAKOBS punendo questo genere di delitti si esige dal cittadino un «sacrificio especial» del suo proprio diritto («Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 321); in questo caso, per di più, si richiede il sacrificio di una libertà fondamentale.

¹⁹⁰¹ In generale, *vid.* S. CANESTRARI, «Reato di pericolo», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 8. In particolare riferiti alla configurazione del delitto di

pericolo potenziale o ipotetico in cui si castiga per la verifica dell'idoneità offensiva dell'azione¹⁹⁰², senza che conti se sia generato un pericolo «certo»¹⁹⁰³. Infine si terminerà per punire quei discorsi che «*potrebbero suonare*» come una istigazione capace di creare un «clima» di odio o violenza all'interno di un pubblico minimamente recettivo, ma senza che si sia *effettivamente creato un pericolo*¹⁹⁰⁴ o, neppure per la potenzialità minacciosa o coattiva del discorso¹⁹⁰⁵. Inoltre, così formulato, il delitto avrebbe ad oggetto la tutela di valori superindividuali contenuto diffuso, difficilmente inquadrabili, come l'«ordine pubblico», la «pace pubblica», un generico «clima o atmosfera di tranquillità pubblica», o quantomeno la «dignità umana» nella sua dimensione collettiva, tutti valori che non sembrano poter fondare legittimamente un limite alla libertà di espressione¹⁹⁰⁶.

Infine, questi delitti, come riconosceva JAKOBS che puniscono la ricompensa o l'approvazione del delitto, presentano il loro contenuto antigiusuridico «o nella necessità di punire il mero sospetto o nell'evidente confusione tra la manifestazione di un'opinione contraria al bene giuridico e la violazione del

negazionismo come un delitto di clima o di pericolo astratto, vid. J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 700; M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1142; y B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272. E. FRONZA considerava che l'esigenza di pericolosità per la turbativa della pace pubblica che richiede la fattispecie penale tedesca di negazionismo non sembra allontanare il rischio di incriminazione di pure opinioni («Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 40; in senso simile *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 34).

¹⁹⁰² Così come si è detto che il Tribunale Supremo spagnolo nella sua sentenza STS 259/2011, del

12 di aprile così la giurisprudenza tedesca esige una certa "entità" delle condotte per giustificare la loro idoneità offensiva della pace pubblica (in particolare si può vedere la sentenza del 12 dicembre 2000 del *Bundesgerichtshof*).

¹⁹⁰³ A questo riguardo molto pungente si è mostrato M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 109 e ss., esigendo per una lettura costituzionale dell'apologia che ci sia un'attitudine reale e non meramente potenziale

¹⁹⁰⁴ Si è criticato per esempio la leggerezza che la Corte di Cassazione italiana che, come avvertiva G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*, p. 40, in certi casi aveva ridotto tale idoneità alla constatazione che tale discorso poteva a «suonare come una vera apologia di delitto alle orecchie di chi le recepi».

¹⁹⁰⁵ Cfr. G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, pp. 313 y ss.

¹⁹⁰⁶ Come sostiene E. FRONZA «i beni giuridici alla cui tutela sarebbe preposta la fattispecie di negazionismo, essenziali anche ai fini del bilanciamento con la 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» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 134). L'A. Aggiunge che: «tali 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 negazionismo cui dovrebbero, invece, positivamente rispondere» (*ibidem*, p. 136).

Diritto. In ogni caso, non può legittimarsi tale fondamento in un regime di libertà»¹⁹⁰⁷.

D'altra parte, la volontà di provocazione potrebbe qualificare la condotta legata al **delitto di negazionismo qualora venisse a configurare un'ipotesi di pericolo concreto**, non limitata ad una semplice descrizione dell'offensività della condotta. Tuttavia, tra i diversi Paesi che prevedono il delitto di negazionismo, solamente la Bulgaria ha optato per questa forma di pericolo concreto¹⁹⁰⁸, che, in ogni caso, non si presenta scevra da molteplici problematiche¹⁹⁰⁹.

Volendo configurare questa fattispecie come una forma di provocazione in ragione della concreta pericolosità ad essa propria, si dovrebbe escludere che la stessa trovi giustificazione nella protezione di beni superindividuali ideali (o immateriali), per le ragioni già esposte. Come accade in molti casi, si potrebbe prospettare un delitto di pericolo concreto per l'ordine pubblico o la pace pubblica, nella sua accezione materiale. Tuttavia, rilevante dottrina ha evidenziato la difficoltà di formulare un giudizio di pericolosità concreta con riguardo a beni di tale natura, in quanto, dato il carattere diffuso ed eminentemente politico dei medesimi, il giudizio di pericolosità finirebbe per basarsi non su elementi di

¹⁹⁰⁷G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 320. Come esprime quest'autore queste norme di protezione di clima «sólo pueden tener consecuencias nocivas si alguien se deja impresionar por ellas; pero la cuestión de si es éste el caso constituye en principio, es decir, excepción hecha de niños u otras personas que se encuentren en una situación de inferioridad, un asunto propio de cada uno, puesto que no se ha empleado ningún medio coactivo» (*ibidem*, p. 319). In maniera che questi delitti saranno oggetto di critica «en la medida en que estos delitos no sirvan a la protección de la juventud o no tengan un componente de injusto de intimidación [...] o en la medida en que no sean simples desgloses de otros delitos, lo que ciertamente sucede en parte» (*ibidem*, p. 321). E sempre e quando non si giustifichino in maniera transitoria come una conseguenza di una crisi di legittimazione: «La justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, con tiempos de crisis de *legitimación*, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento» (*ibidem*, p. 321). Perchè, infine, «[l]a prohibición de la recompensa y de la aprobación es una prohibición de articular una falta de respeto al ordenamiento jurídico. Una prohibición semejante oprime la articulación de la realidad, tan pronto -con buenas o malas razones- se falte realmente al respeto del ordenamiento jurídico» (*ibidem*, p. 319).

¹⁹⁰⁸Si ricorda nuovamente che la Bulgaria punisce le condotte negazioniste solo nel momento in cui le stesse determino («*thereby creates*») un pericolo di violenza e odio contro un gruppo definito per razza, colore...». In tal modo, si addivene alla formulazione di un delitto di pericolo concreto che pretende una valutazione che va oltre la condotta tipica e considera la creazione effettiva di una situazione di pericolo contro tali gruppi o i membri ad essi appartenenti.

¹⁹⁰⁹In proposito, E. FRONZA evidenzia che formulare questi reati secondo un giudizio di pericolo concreto risulterebbe difficile «a causa della natura stessa del reato di negazionismo, allontanare i dubbi sul carattere soggettivo della fattispecie ed i rischi di una applicazione giurisprudenziale differenziata» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 142).

causalità naturale o materiale, bensì su previsioni di carattere socio-politico che lascerebbero un eccessivo margine di arbitrio in sede di giudizio¹⁹¹⁰. Al fine di superare queste obiezioni, si potrebbe individuare il bene giuridico nel «diritto a non essere discriminati», direttamente connesso alla «dignità umana», come sintesi dei differenti beni individuali che potrebbero essere lesi con la commissione di atti di violenza, odio o discriminazione. Tuttavia, come si è prima considerato, la scelta più adeguata resta quella di identificare il bene giuridico offeso dai delitti di negazionismo con il bene giuridico leso nel caso in cui effettivamente accadessero gli atti invocati nella provocazione. Sarebbe punito così una sorte di atto preparatorio *sui generis*.

Dunque, per formulare il delitto di negazionismo riconducendolo ad un reato di pericolo concreto, sarebbe auspicabile che il «risultato lesivo temuto» fosse sempre realizzato da atti (di violenza o di discriminazione) aventi una portata sufficiente per essere, di per sé, dei delitti, essendo così il bene giuridico tutelato lo stesso dei delitti richiamati dalla provocazione. Inoltre, per circoscrivere ulteriormente la fattispecie delittuosa, si potrebbero meglio precisare quei delitti dei quali si vuole evitare la commissione. Allo stesso modo, potrebbe essere considerato un elemento essenziale della provocazione il fatto che il pericolo dalla medesima voluto sia diretto espressamente avverso un gruppo sociale o i suoi membri, identificati in base a caratteristiche legate alla razza, al colore, alla religione, ecc.

Risulta, inoltre, necessario individuare gli elementi propri del giudizio di pericolosità. Al riguardo, si potrebbe ipotizzare che il «clima di ostilità» divenga il

¹⁹¹⁰ In particolare, sul delitto di negazionismo, afferma E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 144: «Tuttavia, può essere molto difficile fornire la prova del pericolo concreto dinanzi ai proclami negazionisti. A tale difficoltà si aggiunge anche che lo strumento penale non si presta ad essere applicato ad una materia magmatica come quella cui può essere ricondotto il fenomeno del negazionismo, ovvero alla distinzione tra pensiero e azione». Vid., altresì, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, op. cit., p. 37, che riconosce la difficoltà di procedere ad un giudizio di pericolosità concreta, in quanto i rischi lesivi temuti «sono spesso evento di natura politico istituzionale (eventi macrolesivi), in relazione ai quali, peraltro, sembra difficile poter esprimere un giudizio di idoneità della condotta, se l'autore è un soggetto individuale che non rivesta posizioni di potere all'interno degli apparati istituzionali. In altri casi, si tratta di eventi che richiedono una valutazione di carattere storico, sociologico e politico [...] con tutte le incertezze connaturate a questo tipo di giudizio». In generale, sui delitti di opinione politica, vid. M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità...*, op. cit., pp. 334 ss., che afferma come: «Le difficoltà di accertamento qui evidenziate si traducono, sul piano della determinatezza della fattispecie, nella incapacità del requisito della idoneità e del pericolo concreto a circoscrivere il fatto punibile in termini sufficientemente certi» (*ibidem*, p. 342) e C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, op. cit., p. 247, secondo cui: «l'accertamento di una concreta esposizione a pericolo diventa molto più incerta, sfuggente, se non aleatoria, in tutti i casi nei quali il bene giuridico di riferimento ha una connotazione prettamente normativo-ideale, ovvero ha un carattere sovraindividuale ad ampio spettro».

«evento pericoloso» previsto dalla norma, degenerando in atti di violenza o di discriminazione («evento lesivo temuto»). Al giudice, nell'applicazione della fattispecie penale, spetterebbe, quindi, verificare se la condotta abbia (effettivamente) generato un «clima di ostilità» verso tali gruppi o membri ad essi appartenenti. Ma come la valutazione del suddetto «clima di ostilità» resterebbe vaga, così come il nesso causale con la (probabile) commissione di azioni delittuose¹⁹¹¹. Sarebbe, pertanto, necessario «corredare» di qualche ulteriore elemento il concetto di «evento pericoloso». A tal fine, data l'impossibilità di prevedere, in astratto, situazioni che consentano di configurare gli elementi propri della situazione di pericolo (in altre parole, che determinino il «clima di ostilità»), l'opzione migliore consiste probabilmente nel fattore dell'immediatezza e la probabilità della pericolosità¹⁹¹². La fattispecie criminosa in questione sarebbe, dunque, determinata dalla presenza di un pericolo «certo» ed «imminente», con una conseguente restrizione anche dell'ambito di discrezionalità del giudice¹⁹¹³.

Il dolo del delitto di negazionismo così configurato riguarderebbe, quindi, la volontà di incitare alla commissione delle azioni descritte. Se il disvalore ricade nell'effetto della provocazione, il soggetto agente deve quantomeno essere cosciente di voler incitare altri alla commissione delle azioni delittuose. Nella misura in cui la condotta tipizzata non presuppone una azione propriamente «di incitamento», potrebbe essere necessario fare emergere, ai fini della configurazione della fattispecie penale, la volontà di provocazione come parte integrante del dolo.

¹⁹¹¹ In proposito, FEIJOO SÁNCHEZ accoglie la proposta di WANDRES sulla reinterpretazione del delitto di negazionismo come una sorta di reato di clima contro la pace pubblica, basato sul pericolo concreto, stabilendo come criterio per comprendere la reale portata del pericolo il fatto che «se crea una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos personales de un número indeterminado de individuos en la que hipotéticamente un funcionario de policía estaría obligado a intervenir si estuviera presente» («Rescisión a Die...», *op. cit.*, p. 1196).

¹⁹¹² Secondo F. MANTOVANI, in tal modo, si supera l'«essenza» del giudizio di pericolosità, considerando una nozione di «pericolo-risultato», come quella *situazione di incertezza* sul fatto si realizzi o meno un certo risultato, provocato e valutato *ex post* in ragione delle leggi di riferimento; avvicinandosi ad una nozione di «pericolo-giudizio», basata sulla probabile relazione tra un fatto e un risultato lesivo, in modo che si possa parlare di pericolo quando, secondo un giudizio *ex ante* e secondo la miglior scienza ed esperienza, sembra probabile che dalla condotta si produca un risultato lesivo. La nozione di pericolo si riconduce, dunque, alla probabilità che si verifichi il risultato lesivo (*Diritto Penale. Parte generale*, 5ª ed., CEDAM, Padua, 2007, p. 203).

¹⁹¹³ Sul punto, si ricorda come C. FIORE affermi che, nel giudizio sulla pericolosità, sia necessario prestare attenzione a «determinate situazioni e condizioni di fatto, a cui si connette un immediato pericolo [circostanze di tempo e di luogo, modalità concrete e tecniche, mezzi e modi, della manifestazione del pensiero]» (*I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 111-112). *Vid.*, altresì, L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 207 ss.

Per le ragioni critiche già esposte, non si ritiene opportuno includere, tra gli elementi caratterizzanti l'ambito punitivo, l'intervento di una sentenza sui crimini di negazionismo. Parrebbe, invece, opportuno prevedere che le condotte siano «pubbliche» (o perlomeno diffuse all'interno di una pluralità di soggetti), in quanto elemento tipico delle fattispecie penali riguardati qualsiasi forma di istigazione o provocazione che rafforzi la pericolosità della condotta.

Circa la previsione delle pene, considerando il delitto di negazionismo come delitto «autonomo», esse andrebbero modulate in relazione alla forma *sui generis* di provocazione, connessa agli atti di natura preparatoria del reato.

Ciò considerato, la fattispecie penale potrebbe essere così formulata¹⁹¹⁴:

«Chiunque neghi pubblicamente, banalizzi in maniera grossolana o giustifichi il genocidio, i crimini di guerra o i crimini contro la pace o l'umanità, determinando intenzionalmente [un clima di ostilità che rappresenti]¹⁹¹⁵ un pericolo certo ed imminente circa la commissione di azioni delittuose di violenza o discriminazione [tipizzate negli Articoli x] contro un gruppo individuato in base alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o origine nazionale o etnica, o contro qualcuno dei suoi membri, sarà punito con la pena alla reclusione fino a 3 anni e/o con una sanzione».

Nel caso in cui il legislatore mantenga la volontà di fondare il contenuto anti-giuridico sull'effetto provocatore, questo risulta in mia opinione la migliore delle interpretazioni possibili, tanto da un punto di vista costituzionale come da una prospettiva di garantismo penale. Tuttavia, come inizialmente affermato, resta notevole la difficoltà di configurare come forma di provocazione ciò che, in realtà, non lo è, se risulta problematico interpretare l'apologia come una possibile forma di provocazione, ancor più problematico è considerare tutte quelle condotte che

¹⁹¹⁴Si è prima ricordato come il delitto di negazionismo previsto nel Codice penale bulgaro sarebbe, così, configurato:

«**Artículo 419a** (New – SG No 33/2011, in force since 27 May 2011)

(1) *Anyone who in any way whatsoever publicly condones, denies or grossly trivialises crimes against peace and humanity and thereby creates a danger of violence or hatred against a group or a member of a group united by race, colour, religion, descent or national or ethnic origin shall be punished by deprivation of liberty for one to five years.*

(2) *Anyone who incites another to commit an offence referred to in paragraph 1 shall be punished by deprivation of liberty for up to one year.»* (Fonte: Gobierno búlgaro) .

¹⁹¹⁵ Si potrà del tutto prescindere dal riferimento al «clima di ostilità», dal momento che il giudizio si incentra sulla valorizzazione dell'immediatezza e certezza del (probabile) accertamento del «evento lesivo temuto» (più che del evento pericoloso in sé considerato).

non configurano apologia (consistenti nel negare, banalizzare, approvare o giustificare determinati fatti).

Non si presentano di facile risoluzione nemmeno le problematiche sulla definizione del dolo e dell'elemento oggettivo del reato di negazionismo, e il déficit offensivo potrebbe trovare soluzione ponendo l'accento sul giudizio di pericolosità concreta, in cui rientrano tutti i fattori che consentono di valutare la probabilità del pericolo «certo» (o effettivo) e «imminente», in grado di produrre delitti di discriminazione o violenza.

In ogni caso, circa il delicato confine della pena nei confronti degli atti preparatori al delitto, come critica generale ai delitti di provocazione in quanto fattispecie penali autonome, si dovrebbe ricordare che essi partono da un presupposto «paternalista», dal momento che un soggetto non viene punito per aver interrotto un «corso naturale», generando, in tal modo, una situazione di pericolo, quanto perchè quest'ultima deriva dalla capacità di «suggestione» o di «persuasione al crimine» da parte del soggetto stesso nei confronti di altre persone, che, «autonomamente», possono addivenire ad azioni delittuose; ciò obbliga ad estendere i criteri di imputazione della responsabilità penale all'azione compiuta da parte del singolo soggetto¹⁹¹⁶. Considerazioni che dovrebbero indurre

¹⁹¹⁶ Si tratta di una delle principali critiche mosse ai tali delitti di opinione, che finiscono con il responsabilizzare anche i soggetti a cui «semplicemente» sono state rese note le opinioni medesime, dal momento che il pericolo di lesione deriva dalle autonome condotte di costoro. Afferma VIVES ANTÓN: «no cabe imputar a los actos de expresión las consecuencias que de ellos deriven a causa de las acciones de otros realizadas en virtud de un proceso de deliberación racional y libre y que, por tanto, no cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que, eventualmente, puedan producir tales acciones» (*Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 824). *Vid.*, altresì, J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 702, secondo il quale: «[i]mputar la decisión delictiva concreta a la “provocación” genérica implica la presunción de que los receptores del mensaje carecen de autonomía y madurez para decidir por sí mismos cómo reaccionar ante tales manifestaciones»; ciò, secondo l'A., implicherebbe «una extensión desmesurada e inaceptable de los criterios de imputación de responsabilidad que desconoce de raíz la autonomía de la voluntad y la mayoría de edad de los ciudadanos a quienes, dicho de forma negativa, se considera “menores de edad” que no podrían resistir sus impulsos criminales ante la invocación genérica a sumarse a una “actitud” hostil, discriminatoria, violenta o de eliminación genocida». L'A., pertanto, preferisce una lettura del delitto che ne evidenzi il possibile elemento giustificatorio, come se si trattasse di condotte legate ad una situazione sociale «eccezionale». V., altresì, B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a Die...», *op. cit.*, p. 1203, secondo cui: «No se puede crear responsabilidad ilimitadas por desatar cualquier curso causal no improbable, sobre todo cuando media el comportamiento responsable de terceras personas», e, considerando tali delitti come ambientali, specifica che «la única forma de fundamentar materialmente un injusto penal en estos casos sería entendiendo estas tipificaciones específicas como tipos de corrupción o protectoras de la infancia y la juventud [...]. El problema dogmático reside en que los tipos de corrupción son paternalistas por ello sólo son legítimos en referencia a quien todavía necesita de una protección paternalista» (*ibidem*, p. 1204).

qualsiasi legislatore, per quanto fermo nelle proprie posizioni, a considerare un diverso contenuto anti-giuridico del delitto, anziché riportare in vita «vecchi» fantasmi, seppure rivestiti con «nuovi» abiti¹⁹¹⁷.

3.3.3. Deficit di offensività nella configurazione come delitto a «dolo specifico». Inaccettabile anticipazione della tutela penale

Ci si potrebbe chiedere se è legittimo configurare il delitto avvalendosi della tecnica del «dolo specifico»; in modo che al posto di richiedere la idoneità dell'azione per produrre l'evento lesivo, il disvalore si incentra sull'intenzione del soggetto. Si castigheranno quelle condotte negazioniste realizzate «con il proposito di generare un clima di ostilità» contro certi gruppi sociali o suoi membri (o di turbare la pace pubblica)¹⁹¹⁸.

Questa possibilità interpretativa comporterà una forma di «delitto a dolo specifico di offesa», se consideriamo che la condotta negazionista risulta in sé stessa inoffensiva, o un «delitto a dolo specifico di ulteriore offesa», da intendersi che la condotta negazionista si che risulta per sé stessa offensiva e che il dolo specifico viene a realizzare una funzione restrittiva di punibilità do un fatto già di per sé meritevole di sanzione penale¹⁹¹⁹.

Seguendo la linea largamente mantenuta in questo studio, per quanto odiosi o ripugnanti che possano risultare i discorsi negazionisti non intendo che per sé stessi considerati giustifichino la sanzione penale e risultino per offensivi. Pertanto, se si costruirà la fattispecie penale come una forma a dolo specifico noi ci troveremo nella prima categoria, che come il Professor MANTOVANI afferma si tratta di una deroga al principio di offensività con funzione preventiva¹⁹²⁰ approssimandoci molto al diritto penale di autore, e per di più è in gioco una libertà fondamentale.

¹⁹¹⁷ Tali problematiche sono state, in realtà, richiamate da una parte, piuttosto risalente, della dottrina, che interpretava i delitti in questione come forme (seppure indirette) di provocazione al reato. Per quanto possa apparire un'interpretazione che consente un progresso nella ricerca di un fondamento all'offensività legata all'apologia come forma di provocazione, per fare in modo che la stessa non si presenti come un «delitto formale» circa la diffusione di idee o opinioni a favore di delitti generici o di taluni criminali, resta, tuttavia, un «progresso» di scarso rilievo.

¹⁹¹⁸ In questo senso, il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla ciberdelinquenza relativa alla penalizzazione di atti di indole razzista e xenofoba commessi per mezzo di strumenti informatici, permette che le condotte di negazionismo si castigano solo quando si commettano con «con la intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico...» (art. 6.2.a).

¹⁹¹⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale, op. cit.*, p. 213.

¹⁹²⁰ *Ibidem*.

Se nel paragrafo precedente si è respinta la legittimità dell'incriminazione per le difficoltà di fondare oggettivamente l'idoneità offensiva della condotta, a maggior ragione quando si pretende argomentare solo sulla base dell'elemento soggettivo. Di modo che anche questa rappresenterà una forma di tutela anticipata illegittima.

3.3.4. Ex malis minor: il reato di negazionismo come delitto di offesa in ragione del carattere vessatorio o di insulto nei confronti di gruppi sociali o di membri ad essi appartenenti. A sostegno di un dolo specifico. Il modello portoghese

Al momento di elaborare una proposta per una adeguata formulazione del delitto di negazionismo, si parte da un presupposto più volte illustrato nel corso della presente analisi: l'incriminazione delle condotte negazioniste riguarda *la libertà di espressione, motivo per il quale un ordinamento aperto e personalista si ritiene debba fondare il limite alla restrizione di tale libertà nella tutela di un bene giuridico di natura individuale*. Questo bene giuridico è, per definizione, «l'onore», che, secondo una visione personalista, può essere rafforzato dal valore della «dignità umana», dal principio di uguaglianza e dal diritto a non essere discriminati. Il delitto di negazionismo può compromettere il bene giuridico dell'onore, sia in senso attivo, se si guarda alla generalità dei consociati, sia in senso passivo, se si considerano le collettività (o entità rappresentative di gruppi sociali) lese¹⁹²¹. Quindi, se si vuole punire il discorso negazionista, *il fondamento dell'antigiuridicità deve cercarsi sulla sua capacità offensiva di beni personali delle vittime di tali crimini o in generale delle persone e dei gruppi sociali che li soffrirono e che si trovano in una particolare situazione di vulnerabilità*.

Così le cose, propongo di costruire il reato di negazionismo sul disvalore del carattere vessatorio o degradante del discorso per un gruppo sociale o i suoi membri, ma conferendo al giudice la possibilità che valuti nel caso concreto se il discorso in questione riveste tale potenzialità offensiva. Questa proposta si avvicinerrebbe alla qualificazione come espressioni «minacciose, abusive o insultanti» riconosciuta dalla Decisione quadro¹⁹²², anche se risalta all'attenzione

¹⁹²¹In proposito, *vid.* SSTC 214/1991 e 76/1995.

¹⁹²² E' chiamata la clausola inglese P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 150, già che riconosce la qualificazione offensiva pretesa per punire in generale questo tipo di discorso in Inghilterra (anche se, come già segnalato tale paese non presenta tale reato specifico). Questo era anche il fondamento della pena secondo l'azione comune 96/443/JAI che reclamava la punibilità delle espressioni negazioniste nel momento in cui comportano un comportamento umiliante o degradante per un gruppo di persone. Per un altro lato, il fondamento del contenuto

come tra i paesi che hanno incriminato le condotte negazioniste solo il Portogallo, dentro le frontiere europee, e la Svizzera fuori di quelle, hanno adottato tale tipizzazione penale¹⁹²³.

La condotta tipizzata, come già definito in senso ampio dalla Decisione quadro europea, si inverte nelle azioni del «negare», «banalizzare in modo grossolano» o «giustificare» pubblicamente i delitti di genocidio, i crimini di guerra o i crimini contro la pace o l'umanità. E nemmeno risulta opportuno restringere l'ambito punitivo alle ipotesi delittuose già accertate con sentenza. Una volta riconosciuto tale disvalore nel carattere vessatorio della condotta avverso un gruppo sociale o dei suoi membri, non ha senso creare differenze tra le vittime di genocidi su cui sia o meno intervenuta una pronuncia giudiziale.

La qualificazione offensiva della condotta sarà determinata, appunto, dal suo carattere «vessatorio», «di insulto» nei confronti di un gruppo sociale o dei suoi membri. Escludo la qualificazione come «minacciosa», in quanto ci allontanerebbe dal bene giuridico dell'onore che si porrebbe al centro della carica offensiva della figura delittuosa. Bene, una questione importante è che all'esigere una qualificazione offensiva si dovrà valutare in maniera effettiva che il discorso presenti una «forza» tale come da poter essere considerata un vero pregiudizio del bene giuridico dell'onore o della dignità umana. Pertanto, non si tratta di vietare discorsi «acidi» o «molesti» né di «cattivo gusto», ma che presentino una forza come per umiliare o vessare.¹⁹²⁴ Per di più, per rafforzare il disvalore dell'azione

dell'antigiuridico così riconosciuto sarà simile a quello riconosciuto in Spagna per il delitto di incitamento al terrorismo quando punisce le condotte di «realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares» (art. 578 Cp.).

¹⁹²³ In concreto il Portogallo punisce le condotte negazioniste come una forma particolare di espressioni diffamatorie o insultanti o qualificate per il dolo specifico: «**Artículo 240:** (1) *The following shall be punished by a prison sentence of one to eight years:*

[...] (2) Anyone who commits the following acts, at a public meeting, through a written document intended for publication or through any form of media or information system intended for publication, with the intention of inciting or encouraging racial, religious or sexual discrimination, shall be punished by a prison sentence of six months to five years:

[...] b) defaming or insulting a person or group of persons due to their race, colour, ethnic or national origin, religion, sex or sexual orientation, in particular through the denial of war crimes or crimes against peace and humanity; or [...]» (Governo Portogallo).

Anche la Svizzera riconosce la punibilità delle condotte negazioniste come parte di una fattispecie penale con carattere generale che punisce condotte denigratorie o discriminanti di una persona o gruppo per ragioni di razza, etnia in modo che risulti pregiudizievole per la dignità umana. Poi ci sono quegli altri Stati che, come si è indicato, ciò che hanno fatto stabilito due modalità offensive. Si veda nota anteriore.

¹⁹²⁴ A questo riguardo, WANDRES segnala alcuni inconvenienti di tale lettura, per un lato, l'intendere che le condotte meramente negazioniste e incluso l'incitamento di autori di crimini difficilmente presuppongono un'ingiuria, e dall'altro le difficoltà insite nei delitti di ingiuria

per la dignità umana e per il principio di uguaglianza, ponendo questa figura in relazione con altri delitti di odio, si può stabilire che la condotta sia «diretta contro gruppi di persona o suoi membri individuati in relazione alla razza, colore, religione, ascendenza nazionale o etnica»¹⁹²⁵.

Come complemento del disvalore del delitto, anche se non si ha bisogno di restringere di più l'ambito di punibilità, si può richiedere l'esistenza di un dolo specifico, proiettato sulla volontà che si commettano atti di violenza o discriminazione contro il gruppo, o che si generi un clima di ostilità. In questo caso, si tratterà di un «delitto a dolo specifico di ulteriore offesa», in cui il contenuto offensivo si determinerà per il carattere vessatorio della condotta. Incorporare questo dolo specifico, come fa la legislazione portoghese, conduce all'obbligo del giudice di indagare sulle motivazioni soggettive, oltre la mera volontà di ingiuriare. Come argomento a favore, il dolo rinforzerà il disvalore dell'atto, anche sia da un punto di vista soggettivo, il che permette di giustificare il maggior livello di pena tipico di questi tipi di reati. Si dovrà intendere che il disvalore proprio dell'aggravante razzista sarà sussunto nel dolo specifico tal come si è presentato. E' anche un segno al legislatore che appare preoccupato a identificare il discorso negazionista con la provocazione all'odio, la discriminazione o la violenza.

La pena potrà stabilirsi secondo un margine alto (fino a due anni di prigione e/o multa) che permetta al giudice di graduare la pena in funzione della gravità dell'offesa¹⁹²⁶, anche in misura minore rispetto a quanto ne sarebbe derivato laddove si configurasse tale delitto a pericolo concreto, laddove la

collettiva (B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a Die...», *op. cit.*, pp. 1192 y ss.). Anche critica la diffamazione collettiva per la difficoltà di riferire l'onore ad una collettività di persone M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 107. Ciò nonostante questa appare la opinione più conforme all'esercizio della libertà di espressione, come si pone in evidenza nelle SSTC 214/1991 e 76/1995, in quanto non si possono incontrare discorsi negazionisti che possano rivestire carattere umiliante.

¹⁹²⁵ Mi conformo in questo punto al modello portoghese che qualifica la condotta insultante ma esigendo che questa sia «dovuta» a ragione di razza, colore, religione, il quale verrà a duplicare l'elemento soggettivo. Nella misura in cui l'elemento soggettivo del delitto già va ad essere abbastanza rinforzato, credo sia migliore aderire alla clausola della Decisione quadro e attraverso di essa definire il soggetto passivo del delitto.

¹⁹²⁶ In Spagna, per esempio, si punisce con pena da uno a tre anni o multa la condotta di «difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones» ex art. 510.2 Cp. Mi sembra eccessivo elevare la pena fino ai tre anni di reclusione quando in Spagna un delitto di calunnia si punisce con pena dai sei mesi ai due anni di prigione o multa (art. 206 Cp.) e la ingiuria con la sola multa (art. 209 Cp.). Il reato di incitamento al terrorismo ha una pena da uno a due anni di prigione (art. 578 Cp.) In Italia, da parte sua, nella sua formulazione basica il delitto di ingiuria è punito con la pena della reclusione di sei mesi o multa (art. 594 Cp. It) o fino ad un anno o con la multa nel caso della diffamazione (art. 595 Cp. it.) o con la reclusione da due a sei anni in caso di calunnia (art. 368 Cp. it.).

diversità dei delitti ai quali si poteva provocare giustificava elevare la sanzione al massimo di pena dentro la forchetta edittale della Decisione quadro.

Riassumendo quanto detto, la fattispecie penale potrà formularsi nel seguente modo:

«Chiunque, con l'intenzione di promuovere un clima di ostilità contro un gruppo sociale o i suoi membri individuati in base alla razza, colore, religione o all'ascendenza o origine nazionale o etnica, pubblicamente neghi, banalizzino in maniera grossolana o giustifichi il genocidio, i crimini di guerra o i crimini contro la pace o l'umanità, in forma dispregiativa o vessatoria, sarà punito con la pena alla reclusione fino a 2 anni e/o con una multa».

Questa proposta credo che combini un'adeguata individualizzazione del bene giuridico che definisce il limite della libertà di espressione, situandolo tra l'onore e la dignità umana in un senso individuale, e una sufficiente qualificazione offensiva. Per di più, si soddisfa così la finalità politico-criminale tendente a collocare il delitto specifico di negazionismo nel genere dei delitti propri del «discorso dell'odio» (per questo l'inclusione delle referenze ai gruppi obiettivi e il dolo specifico). In tal modo ci troveremo di fronte ad un delitto proprio della legislazione contro il razzismo e la xenofobia che si collocherà dentro i limiti costituzionali e formulato secondo una tecnica legislativa adeguata. Si potrà criticare, in ogni caso, che non è necessario ampliare l'arsenale punitivo già esistente, e che al fondo tali figure nascondono i vecchi reati di vilipendio – e personalmente, condivido tale critica. Per questo, si è segnalata la necessità che si accerti il carattere *effettivamente* insultante o vessatorio e il carattere individuale del bene giuridico. Ma si deve evitare che si cada nella mera tutela di «sentimenti collettivi», di «turbative sociali» o nella salvaguardia di «valori» condivisi che possano terminare convertendo lo Stato in Chiesa ¹⁹²⁷.

¹⁹²⁷Con gran forza lo afferma ESPOSITO: «Contro il tentativo di dedurre dall'obbligo di fedeltà alla Repubblica la sussistenza di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero sta la considerazione che solo la arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli» (*La libertà di manifestazione...*, op. cit., p. 52).

Come conclusione ultima sulla politica criminale che pretende criminalizzare il reato di negazionismo, pare potersi affermare che quel cavallo di Troia¹⁹²⁸ determinato dai delitti di matrice fascista, così come previsti dagli artt. 414 e 415 c.p. italiano, che erano rimasti nell'ambito della «città aperta» costruita dal nuovo quadro costituzionale, è stato utilizzato per legittimare nuovi delitti recanti le tracce di vecchie concezioni iliberali. Le proposte dirette a sanzionare le espressioni negazioniste nell'attuale dibattito politico-sociale italiano ne sono il miglior esempio. In proposito, si condivide quanto affermato da MERLI, che, seguendo l'orientamento espresso da F. CARRARA, conclude: «In una società democratica matura, non rientra nella competenza dello Stato il compito di educare coercitivamente i cittadini adulti ai valori sociali dominanti (aperti al dibattito pluralistico), convertendo il diritto penale “in uno strumento di santificazione dell'anima”»¹⁹²⁹.

¹⁹²⁸Vid. C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 18.

¹⁹²⁹A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 29. In senso contrario, vid. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 112, che conclude ammettendo una limitazione alla libertà di espressione, in quanto, a differenza di quanto accade in altri Paesi, le democrazie europee sono «relativamente giovani, immature e segnate dall'esperienza fascista, nazista, totalitaria».

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, 1993, pp. 9-34.
- A. AGUILERA FERNÁNDEZ, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*, Comares, Granada, 1990.
- 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.
- A. ALGOSTINO, «Democrazia protetta o aperta agli stranieri e alle culture? Primi elementi per una riflessione», en A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, 2005, Turín, pp. 163-181.
- A. ALONSO DE ESCAMILLA, «La legislación histórica de orden público», 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. 921-940.
- A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, 2010, pp. 13-80.
- E. M. AMBROSETTI, «Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 92-115.
- 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.
- A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe», *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 519-544.
- V. ANGIOLINI, «Manifestazione del pensiero e “libertà altrui”», *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 1995, pp. 4585-4616.
- W. ANSALDI, *Una cabeza sin memoria es como una fortaleza sin guarnición. La memoria y el olvido como cuestión política* [en línea], pp. 8-13. Disponible en: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/art/cabeza_sin_memoria.pdf. El artículo fue publicado originariamente en soporte papel en *Ágora. Revista de Ciencias Sociales, Nueva Época*, n. 7, 2002, pp. 65-87.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 15ª ed., Giuffrè, Milán, 2000.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 2008.

- M. ARAGÓN REYES, «Delimitación, limitación y colisión de derechos en materia de libertad de información», en *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Tomo I, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 2000, pp. 97-106.
- M. ARAGÓN REYES, «El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información», en R. MORODO LEONCIO y P. DE VEGA GARCÍA (coord.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Vol. 3, 2001, pp. 1505-1528.
- K. ASMAL, «Truth, Reconciliation and Justice: The South African Experience in Perspective», *Modern Law Review*, vol. 63, n. 1, 2000, pp. 1-24.
- A. ASÚA BATARRITA, «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 3, 1998, pp. 1638-1646.
- E. BACIGALUPO, «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, pp. 21-25.
- A. BARBERA Y C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, 7ª ed., Il Mulino, Bolonia, 2001.
- S. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, Comares, Granada, 2004.
- P. BARGIACCHI, «Cenni sulle tendenze della prassi internazionale ed europea in tema di negazionismo», *Rivista Della Cooperazione Giuridica Internazionale*, n. 29, Mayo-2008, pp. 70-86.
- P. BARILE, «La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose», *Il Foro Italiano*, part. I, 1962, pp. 855-863.
- P. BARILE, «Sanzioni contro il Fascismo ed il neofascismo», *Digesto Italiano*, vol. XVI, Editrice Torinese, Turín, 1982, pp. 541-564.
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Giuffrè, Bolonia, 1984.
- J. BARQUÍN SANZ, «Apología del genocidio», en C. DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVIII, Edersa, Madrid, 1997, pp. 378-379.
- 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.
- A. BARRERO ORTEGA, «Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio», en J. CRUZ DÍAZ, José y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª ed., Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 87-105.
- F. J. BASTIDA FREIJEDO, «Problemas constitucionales de la creación de empresas informativas», *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, 1996, pp. 11-48.
- 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.
- Z. BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, 5ª ed., Sequitur, Madrid, 2010.
- M. BAZYLER, «Holocaust denial laws and other legislation criminalizing promotion of Nazism» [en línea], *Institute Yad Vashem*, 2006. Accessible en: <http://www1.yadvashem.org/yv/en/holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>.

- M. BELLINA, «Sostantivazione dell’aggettivo che riflette la provenienza étnica della persona e delitto di ingiuria: Il caso del “Marocchino”», *Cassazione penale* [base de datos Giuffrè], n.1, 2006.
- J. A. BELLOCH JULBE, «Libertad de expresión y violencia. La apología», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 32, 1993, pp. 33-57.
- J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información terrorismo: la “apología” del terrorismo», en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 17-38.
- 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.
- I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2ª, Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- A. BERNAT MONTESINOS, «Estrategias de revisionismo histórico y pedagogía del odio», *Anuario de Pedagogía*, n. 9, 2007, pp. 47-102.
- G. BETTIOL, «Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1965, pp. 641-652.
- G. BETTIOL, «Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero», *Legge Penale e Libertà del pensiero*, IIIº Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, pp. 3-16.
- P. BEVILACQUA, «La storia tra “verità discutibili” e mercato delle notizie». *Giornaldistoria.net* [en línea]. 19 de mayo de 2009. Disponible en: <http://www.giornaledistoria.net/index.php?Articoli=557D0301220A74032107727677>.
- A. BHARGAVA, «Defining political crimes: A Case Study of the South African Truth and Reconciliation Commission», *Columbia Law Review*, vol. 102, junio 2002, pp. 1304-1339.
- L. BICKFORD, «Unofficial Truth Projects», *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n. 4, 2007, pp. 994-1035.
- D. BIFULCO, *Negare l’evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, FrancoAngeli, Milán, 2012.
- J. M. BILBAO UBILLOS, «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», *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 71-72, 2008, pp. 19-56.
- J. M. BILBAO UBILLOS, «Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio», *Parlamento y Constitución: Anuario*, n. 11, 2008, pp. 39-73.
- 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.
- K. L. BIRD, «Racist Speech or Free speech? A comparison of the law in France and the US», *Comparative Politics*, vol. 32, n. 4, Julio-2000, pp. 399-418.
- P. BLOCH, «Response to professor Fronza’s the punishment of negationism», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 627-644.

- P. BLOCH, «Anexo: Zyklon B», en P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 1994, pp. 87-91.
- N. BOBBIO, N. MATTEUCCI Y G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Utet, Turín, 2008.
- G. BOGNETTI, «Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione», observaciones a la sentencia de la Corte di Cassazione, Sez. Un., 18 de noviembre de 1958, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 183-205.
- G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile ai sensi della costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 C.P., ultimo comma», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, pp. 18-95.
- G. BOGNETTI, «Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico», *Giurisprudenza costituzionale*, Fasc. 4, 1974, pp. 1433-1448.
- L. BOLINGER, *La società tollerante*, Giuffrè, Milán, 1992.
- P. BOGNETTI, «Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia», *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 1., 1994, pp. 4-83.
- J. BONET I PÉREZ, *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, PPU, Barcelona, 1994.
- E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- S. BOTTONI, «Memorie negate, verità di stato. Lustrazione e commissioni storiche nella Romania postcomunista», *Quaderni storici*, n. 2, 2008, pp. 403-432.
- G. BOUZAT, «Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 87-101.
- G. BRAGA, «La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica», en M. AINIS (ed.), *Informazione, potere e libertà*, G. Giappichelli, Turín, 2005, pp. 101-116.
- F. BRICOLA, «Teoria Generale del Reato», en ÍD., *Scritti di Diritto Penale*, Vol. I, T. I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 540-808.
- A. L. BROPHY, «Reparation Models», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 22, 2003, pp. 71-82.
- W. BRUGGER, «The treatment of hate speech in German Constitutional Law», *German Law Journal*, vol. 4, n. 1, 2003. Accesible en: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF_Vol_04_No_01_01-44_Public_Brugger.pdf.
- A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione "dei miti fondatori" del regime democratico», *Giurisprudenza Italiana* [base de datos en línea], fasc. 12, 2005.
- A. BURGIO, *L'invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, Manifestolibri, Roma, 1998.
- M. J. BURNETT, «Remembering justice in Rwanda: locating gender in the judicial construction of memory», *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 3, 2005, pp. 757-784.

- P. CALAMANDREI, «L'avvenire dei diritti di libertà» (introduzione), en F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia editrice, Florencia, 1975 (reimpresión de la edición publicada en 1946 por Orientamenti), pp. VII-LVI.
- P. CALDERÓN DE LA BARCA, *El gran teatro del mundo / El gran mercado del mundo*, Cátedra, 21ª ed., Madrid, 2012.
- R. CALZA, «Revisionismo e negazionismo nella storiografia contemporanea», Fiorenza TAROZZI (dir.), *Tesi di Laurea in Storia Contemporanea*, Universidad de Bolonia, Bolonia, curso 2000-2001.
- C. CAMPBELL, «The spectre returns: conflicted democracies, truth commissions and the law», *Web Journal of Current Legal Issues* [en línea], 2010.
- C. CAMPBELL y C. TURNER, «Utopia and the doubters: truth, transition and the law», *Legal Studies*, vol. 28, n. 3, 2008, pp. 374-395.
- J. C. CAMPO MORENO, «El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores», *Diario La Ley* [base de datos laleydigital.es], n. 1, 2001.
- J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental: una pantalla pseudocientífica del antisemitismo», en M. A. SIMÓN (ed.). *La extrema derecha en Europa desde 1945 a nuestros días*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 223-248.
- S. CANESTRARI, «Genocidio», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.
- S. CANESTRARI, «Reato di pericolo», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991.
- J. C. CARBONELL MATEU, «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del derecho penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, n. 33, 1993, pp. 109-135.
- J. C. CARBONELL MATEU, «Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos». *Cuadernos Jurídicos*, n. 21, 1994, pp. 47-60.
- P. CARETTI, «Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica», en *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Milán, 2003, pp. 111-130.
- P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2011.
- G. E. CARMI, «Dignity versus Liberty: the two western cultures of free speech», *Boston university international law journal*, vol. 26, 2008, pp. 277-374.
- Y. CARMON, «The role of Holocaust denial in the ideology and strategy of the Iranian regime». *Memri-Middle East Media Research Institute* [en línea], 2006. Disponible en: www.memri.org.
- C. CARMONA SALGADO, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991.
- F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Réquiem por las Decisiones marco: A propósito de la orden de detención europea», *Revista electrónica de estudios internacionales* [en línea], 14, 2007, 24 p. Disponible en: www.reei.org.

- M. CARRILLO, «Derecho a la información y veracidad informativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, 1988, pp. 187-206.
- C. CARUSO, «Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo», *Forum di Quaderni Costituzionali* [en línea], 3 de abril de 2008.
- 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.
- C. CARUSO, «Il negacionismo del genocidio armeno in una decisión del *Conseil constitutionnel*», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, pp. 413-416.
- 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.
- M^a V. CARUSO FONTÁN, «Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología en el terrorismo)», *Revista Penal*, n. 20, 2007, pp. 32-49.
- C. M. CASCIONE, «Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici» [en línea], reelaboración de la ponencia «Negazionismo e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», realizada con ocasión del Congreso «*Le ferite della Storia e il diritto riparatore*», organizado el 21.1.2011 en la *Università degli Studi di Roma Tre*. Accesible en versión provisional en la web: <https://www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni/21-1-2011-le-ferite-della-storia-e-il-diritto-riparatore>.
- A. H. CATALÁ I BAS, *La libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones RGD, Valencia, 2001.
- A. H. CATALÁ I BAS, «¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión», *Cuadernos de Derecho público*, n. 14, 2001, pp. 131-187.
- A. H. CATALÁ I BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la del Tribunal constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2002.
- A. H. CATALÁ I BAS, y Z. PÉREZ I SEGUÍ, «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 10, 2007, pp. 181-196.
- A. CAVALIERE, «Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata», en G. GIOSTRA y G. INSOLERA (ed.), *Costituzione, diritto e processo penale. Atti del Convegno: Macerata, 28 y 29 enero 1997*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 133-174.
- S. CECCANTI y D. TEGA, «La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione», en A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 37-74.

- E. CECCHERINI (dir.), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2008.
- A. CERRI, «Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire», Sentencia de la Corte Costituzionale de 2 de abril de 1969, n. 84, *Giur. Cost.*, 1969, pp. 1175-1194.
- M. CESARE, «Sull'apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto in dietro», Sent. Cass. 27/09/1991, *Cassazione Penale*, 1993, pp. 1715-1718.
- M. CHAVES NOGALES, *Bajo el signo de la Esvástica. Cómo se vive en los países de régimen fascista*, 3ª ed., Almuzara, España, 2012.
- M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- 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.
- C. CHINCHILLA MARÍN, «Sobre el derecho de rectificación (en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1986, de 22 de diciembre)», *Poder Judicial*, n. 6, 1987, pp. 74-92.
- L-L. CHRISTIANS, *Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa* [en línea] 9 y 10 de febrero de 2011, Viena. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Vienna/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf.
- E. COLLOTTI (dir.), *Fascismo e antifascismo. Rimozioni, revisioni, negazioni*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 2000.
- C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La sanción penal de la discriminación: especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo», *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, 1996, pp. 285-319.
- J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- G. COSÌ, «Invece di giudicare. Il Sudafrica e la Commissione per la verità e la riconciliazione», *Studi Senesi*, fasc. 1, 2006, pp. 7-62.
- J. CREMADES, *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995.
- J. CRUZ DÍAZ, «Más allá del consecuencialismo: la tutela penal contra el discurso negacionista en Francia», en ÍD Y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 107-147.
- P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2006.

- V. CUCCIA, «Libertà di espressione e negazionismo», *Rassegna Parlamentare*, fasc. 4, 2007, pp. 857-884.
- 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.
- 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, «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 nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, n. 128, 2007, pp. 91-121.
- M. L. CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 3, 2008, pp. 60-97. Texto accesible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/16474/29591.pdf?sequence=4>.
- G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2007, pp. 1-8.
- G. DELITALA, «I limiti giuridici alla libertà di stampa», *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 1976, pp. 949-964.
- 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.
- R. DOLCE, «Istigazione a delinquere», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 995-1000.
- E. DOLCINI y G. MARINUCCI, «Costituzione e política dei beni giuridici», en *Scritti in memoria di Renato dell'Andro*, Vol. I., Cacucci ed., Bari, 1994, pp. 271-318.
- M. DONINI, «La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato "mediante il diritto penale"», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2009, pp. 183-216.
- F. DOSTOIEVSKI, *Los hermanos Karamázov*, Cátedra, Madrid, 2006.
- C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 1958.
- C. ESPOSITO, «La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *Sent. Cort. Cost.* (8 marzo) 16 marzo 1962, n. 19, *Giur. Cost.*, 1962, I, pp. 189 y ss.
- A. FAYOS GARDÓ, «Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso Internet», *Revista de Administración Pública*, n. 141, 1996, pp. 395-426.
- 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.

– R. DE FELICE, *Rojo y Negro*, Ariel, Barcelona, 1996.

– L. FERLA, «L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 2007, pp. 1449-1475.

– M^a. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, Madrid, 1998.

– A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Artículo 20. Libertad de expresión y derecho de la información. Comentario» en ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las Leyes políticas*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984, pp. 495-554.

– 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.

– P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado. Al hilo de la STC 235/2007, de 7 de noviembre», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. III, 2007, pp. 2453-2472.

– G. FERRARA, «La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)», en G. CHIARELLI Y G. ZANGARI, *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 1100 y ss.

– I. FERRARA, «Riflessioni in tema di offensività in concreto», *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4, 2000, pp. 3065-3098.

– S. FERRARI, «Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante», *Giurisprudenza italiana* [base de datos en línea], n.1, 2009.

– J. FERREIRO GALQUERA, *Los límites de la libertad de expresión: la cuestión de los sentimientos religiosos*, Universidad Complutense, Madrid, 1996.

– V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002.

– G. FIANDACA, «Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di política criminale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1982, pp. 42-81.

– C. FIORE, «Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato», *Archivio Penale*, vol. XXVII, part. I, vol. I, 1971, pp. 15-19.

– C. FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM, Padua, 1972.

– C. FIORE, «Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione», Sentencia de la Corte di Assise di Imperia, 9/06/1973, *Giurisprudenza di merito*, part. II, 1974, pp. 5-9.

– C. FIORE, «Libertà d'espressione política e reati d'opinione», *Politica del Diritto*, n. 1, 1979, pp. 486-506.

- C. FIORE, «I reati di opinione», en S. MOCCIA (dir.), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles/Roma, 2002, pp. 13-27.
- S. FISCH, «Holocaust Denial and Academic Freedom», *Valparaiso University Law Review*, n. 3-35, 2001, pp. 499-524.
- W. B. FISCH, «Hate speech in the constitutional law of the United States», *The American Journal of Comparative Law*, Supplement: American Law in a time of global interdependence: U.S. National reports to the 16th International Congress of Comparative Law, vol. 50, 2002, pp. 463-492.
- M. FLORES (dir.), *Storia, verità, giustizia: I crimini del XX secolo*, Bruno Mondadori, Milán, 2001.
- S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milán, 1957.
- N. G. FOSTER Y S. SULE, *German Legal System & Laws*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2002.
- G. A. DE FRANCESCO, «Commento al Dl. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. della l. 25/6/1993 n.º 205», *La Legislazione Penale*, n. 1, 1994, pp. 173-225.
- E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività di propaganda razzista». *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* [accesible en línea], n. 2, 1998. Disponible en: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etudesdiverses/articles/razz.htm>.
- E. FRONZA, «Profili penalistici del negazionismo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 1034-1074.
- E. FRONZA, «Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia», Sentencia de la Ass. de Milán, 14/11/2001, *Cassazione Penale*, 2003, pp. 1006-1021/312.
- E. FRONZA, «Diritto e memoria. Un dialogo difficile», *Novecento*, n. 10, 2004, pp. 47-59.
- E. FRONZA, «The punishment of negationism: the difficult dialogue between law and memory», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 609-626.
- E. FRONZA, «Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria», *Ragion pratica*, n. 30, 2008, pp. 27-54.
- E. FRONZA, «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *UNED. Revista de Derecho Penal y criminología*, n. 5, 2011, pp. 97-174.
- E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milán, 2012.
- A. GAMBERINI, «Delitti contro la personalità dello Stato», *Diritto penale. Lineamenti di Parte Speciale*, 5^a ed., Monduzzi Editore, Bologna, 2009, pp. 1-88.
- A. GAMBERINI y G. INSOLERA, «Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione», en G. INSOLERA, *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 135-143.
- 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, «¿Existe un derecho a crear televisión?», *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, 1996, pp. 147-182.

- 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.
- S. GARIBIAN, «Derecho, Historia, memoria. El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho?», *Seminario del Núcleo Memoria (IDES)* [en línea], 13 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.cna.org.ar/wp-content/uploads/2010/03/Negacionismo-Sevane-Garibian1.pdf>.
- S. GARIBIAN, «Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the french law», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 9, 2008, pp. 479-488.
- G. GAVAGNIN, «Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca», en S. RIONDATO (ed.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 199-223.
- R. GEISS Y N. BULINCKX, «Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados», *International Review of the Red Cross* [en línea], n. 861, marzo de 2006. Disponible en: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_861_geiss.pdf.
- F. GERMINARIO, *Estranei alla democrazia: negazionismo e antisemitismo nella destra radicale italiana*, BFS edizioni, Pisa, 2001.
- F. GERMINARIO, voz «Negazionismo in Italia», en W. LAQUEUR (dir.) / A. CAVAGLION (dir. de la edición italiana), *Dizionario dell'Olocausto*, Giulio Einaudi, Turín, 2004, pp. 503-507.
- J. L. GIBSON, «On legitimacy theory and the effectiveness of truth commissions», *Law & Contemporary Problems*, vol. 72:123, 2009, pp. 123-141.
- J. GIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 578», en C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3707.
- A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milán, 1988.
- A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale», en ÍD. Y S. SICARDI (dir.), *Democrazie imperfette: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, G. Giapichelli, Turín, 2005, T. 1, p. XIII-XXVIII.
- A. DI GIOVINE, «La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza», en ÍD., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 1-12.
- R. J. GOLDSTONE, «On History and Reconciliation», *Institute for Historical justice and Reconciliation* [en línea]. Occasional Papers, I/2005.

- 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.
- J. GÓMEZ NAVAJAS, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 3, 1999, pp. 1839-1852.
- M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- P. C. GONZÁLEZ CUEVAS, «El revisionismo histórico europeo», *Alcores: revista de historia contemporánea*, n. 6, 2008, pp. 277-305.
- L. GONZÁLEZ GUITIÁN, «La apología en la reforma penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense V Jornadas de profesores de Derecho Penal*, monográfico 6, 1983, pp. 381-398.
- G. GRASSO, «Genocidio», *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 4ª ed., vol. V, UTET, 2005, Roma, pp. 399-410.
- K. GREENAWALT, «Speech and Crime», *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 5, n. 4, 1980, pp. 645-785.
- T. GROPPI, «Sudafrica: la riconciliazione attraverso il diritto», *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2003, pp. 577-596.
- B. GRÜNING, «Memoria e riconoscimento: il caso della Germania orientale», *Rassegna italiana di sociologia*, n. 4, 2006, pp. 613-640.
- P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Giulio Einaudi, 2000.
- P. HÄBERLE, «Germania», en E. PALICI DI SUNTI PRAT *et al.* (dir.), *Le Costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, 2ª ed, CEDAM, Padua, 2001, pp. 321-387.
- J. HABERMAS, «L'uso pubblico della storia», en G. E. RUSCONI (dir.), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Giulio Einaudi, Turín, 1987, pp. 98-109.
- M. HALBWACHS, *On Collective Memory*, University Chicago Press, Chicago, 1992.
- B. HAMBER Y R. A. WILSON, «Symbolic closure through memory, reparation and revenge in post-conflict society», *Journal of Human Rights*, vol. 1, n. 1, pp. 35-53.
- P. B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, Nueva York, 2002.
- J. HOLLANDER, *Hate speech. A historical inquiry into the development of its legal status*, A. de BAETS/Mr. Toby MENDEL (dir.), *Tesis de Máster*. University of Groningen, Noviembre 2007.
- R. IANNIELLO, «I reati di opinione. Venti anni dopo la proposta di referendum abrogativo», en L. PEPINO (Ed.), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, FrancoAngeli, Milán, 1993, pp. 354-360.
- 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.
- M. JAÉN VALLEJO, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992.

- G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en ÍD., *Estudios de Derecho Penal*, UAM/Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- S. JULIÁ, «Por la autonomía de la Historia», *Claves de Razón Práctica*, n. 207, 2010, pp. 8-19.
- J. KEENE, «Turning Memories into History in the Spanish Year of Historical Memory», *Journal of Contemporary History*, vol. 42, n. 4, 2007, pp. 661-671.
- H. KELSEN, «Essenza e valore della democrazia», en *I fondamenti della democrazia*, 3ª ed., Il Mulino, Bologna, 1970. En español, *De la esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., KRK, Oviedo, 2009.
- R. A. KHAN, *Holocaust denial and the law. A comparative study*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004.
- J. C. KNECHTLE, «Holocaust denial and the concept of dignity in the European Union», *Florida State University Law Review*, vol. 36, 2008, pp. 41-66.
- R. JR. KROTOSZYNSKI, «A Comparative Perspective on the First Amendment: free speech, Militant Democracy and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», *Tulane Law Review*, n. 78, 2004, pp. 1549-1609.
- C. LAMARCA PÉREZ, «Apología: Un residuo de incriminación de la disidencia». *La Ley Penal* [base de datos laleydigital.es], n. 28, 2006.
- C. LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2004.
- J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994», *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, vol. XLIX, fasc. II, 1996, pp. 529-589.
- 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.
- 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 política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal. (A la vez propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2001.
- 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.
- C. M. LANDECHO VELASCO Y C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

- J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, «Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas», en *Las libertades de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47-83.
- J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal* [base de datos en línea], n. 6, 2010.
- K. LASSON, «Holocaust denial and the first amendment: the quest for truth in a free society», *GEO. MASON L. REV.*, vol. 6:1, 1997, pp. 44-49.
- M. LA TORRE, «Europa –raíces, identidad y misión», *Sociología del diritto: Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*, n. 3, 2010, pp. 57-72.
- 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.
- V. ILL'ICH LENIN, *Contra el revisionismo*, Akal, Madrid, 1976.
- L. B. LIDSKY, «Where's the Harm?: Free speech and the regulation of lies», *Washington and Lee Law Review*, vol. 65, 2008, pp. 1091-1102.
- D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust: The growing assault on truth and memory*, Penguin Books, Nueva York, 1993.
- F. LISENA, «Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?», *Giur. Cost.*, fasc. 5, 2009, pp. 3949-3967.
- M^a. C. LLAMAZAREZ CALZADILLA, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999.
- D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho Eclesiástico del Estado: derecho de libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- 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.
- A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- G. M. LOMBARDI, «"Fedeltà qualificata" e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero (Problemi e prospettive)», Osservazioni alla Sent. Cort. Cost. (22 giugno) 11 luglio 1966, n. 100, *Giur. Cost.*, 1966, pp. 1216-1230.
- G. LOMBARDI, «Lo Stato può difendersi, ma... non deve esagerare», *Giur. Cost.*, 1973, 87-94.
- L. LÓPEZ GUERRA, *Derecho Constitucional*, Vol. I., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- P. LUCAS VERDÚ, *Estimativa y política constitucionales*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, en A. CERRI (dir), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel spaere giuridico*, Vol. II, Roma, 2007, pp. 185-198.

- J. LUTHER, «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *ReDCE*, n. 9, 2008, pp. 247-295.
- D-M, LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- A. MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.
- M. MALENA, «Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?», *Quaderni costituzionali*, a. XXVI, n. 1, 2006, pp. 116-119.
- V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2005.
- V. MANES, «La incidencia de las “Decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de Derecho sustantivo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], 09-07, 2007, 20 p.
- V. MANES, «Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, pp. 739-765.
- M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», en P. RIDOLA y R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 549-602.
- 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.
- M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negacionismo», en M. AINIS (ed.), *Informazione, potere e libertà*, G. Giappichelli, Turín, 2005, pp. 41-51.
- M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato», en A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 103-128.
- A. MANNA, «Fascismo (sanzioni contro)», *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 4ª ed., vol. V, UTET, Roma, 2005, pp. 137-151
- F. MANTOVANI, «I reati di opinione», en ÍD, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, pp. 164-172.
- F. MANTOVANI, «Libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa», *Archivio Giuridico*, vol. CLX, fasc. 1-2, 1961. También publicado en *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, Padua, 2008, pp. 14-36.
- F. MANTOVANI, «I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte costituzionale sul divieto di pubblicazione de determinados actos procesuales», en ÍD, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, pp. 37-66. Publicado originariamente en *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 1966, pp. 627 y ss.
- F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXV, fasc. 1-2, 1968, pp. 356-395. También publicado en *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, Padua, 2008, pp. 119-143.
- F. MANTOVANI, «Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXIV, fasc. 1-2, 1968,

pp. 68-125. También publicado en *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, Padua, 2008, pp. 67-107.

– F. MANTOVANI, «Il principio di offensività nella costituzione», en *ÍD, Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, pp. 184-200. Publicado originalmente en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, IV, 447.

– F. MANTOVANI, «Il principio di offensività tra dogmatica e política criminal» en *ÍD, Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, pp. 402-411. Publicado originalmente en «*Il diritto penale alla svolta di fine milenio*», Torino 1998, 244.

– F. MANTOVANI, «Criminalità sommerge e cecità politico-criminal», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 1999, pp. 1201-1253.

– F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, 5ª ed., CEDAM, Padua, 2007.

– F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale*, T. I, Delitti contro la persona, 3ª ed., CEDAM, Padua, 2008.

– F. MANTOVANI, «Principi fondamentali del Diritto penale della libertà», en *ÍD, Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, pp. 390-401. Publicado originalmente en *Derecho penal y criminología*, n. 47-48, 1992, 14.

– F. MANTOVANI, «"Libertà mediatica" o "licenza mediatica"?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 2010, pp. 1561-1584.

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

– J. MARTÍN CUBAS, «La configuración de la "comunicación pública libre" en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Valencia, 1997, pp. 117-152.

– D. MARTINELLI, «Nota in tema di ingiurie aggravate. Cassazione Penale Sez. V Sentenza 05-12-2005 (17-11-2005) n. 44295», *Giurisprudenza italiana* [base de datos en línea], n. 12, 2006.

– J. A. MARTÍN PALLÍN Y R. ESCUDERO ALDAY, *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 73-104.

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

– 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.

– 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.

– N. MAZZACUVA, «Modello costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell'illecito penale», G. INSOLERA *et alii* (ed.), *Introduzione al sistema penale*. Vol. I, 3ª ed., G. Giappichelli, Turín, 2006, pp. 83-109.

– L. MCNAMARA, «History, memory and judgment: holocaust denial, the history wars and law's problems with the past», *Sydney Law Review*, vol. 26, 2004, pp. 353-394.

- M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- 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.
- B. MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- A. MERLI, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2008.
- A. MESSUTI, «¿Qué pide la memoria al Derecho?», *Claves de Razón Práctica*, n. 213, 2011, pp. 73-76.
- J. F. METZL, «Rwandan genocide and the International Law of Radio Jamming», *The American Journal of International Law*, vol. 91, n. 4, 1997, pp. 628-651.
- J. S. MILL, *Sobre la libertad*, 1ª ed., 9ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- M. MINOW, *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, Boston, 1998.
- J. MIRA BENAVENT, «El caso del diario “Egin”: comentario a la sentencia del TC de 12 de diciembre de 198», *ADPCP*, 1987, pp. 505-528.
- 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.
- J. M. MORALES ARROYO, «El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los derechos fundamentales», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 2, 1993-1994, pp. 269-308.
- A. MORRONE, «Bilanciamento (giustizia cost.)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. II, T. II, Anali, Milán, pp. 185-204.
- C. MUDDE (ed.), *Racist extremism in central and Eastern Europe*, Routledge, Oxon, 2005.
- D. MULVIHILL, «Irving v. Penguin: Historians on Trial and the Determination of Truth under English Libel Law», *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, vol. 11-1, 2001, pp. 217-256.
- F. MUÑOZ CONDE, «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», 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. 561-574.
- F. MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987.
- M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2011.
- 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 lógica dell'ordinamento», *Legge Penale e Libertà del pensiero*, III Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, pp. 349-363.
- X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991.
- A. OEHLING DE LOS REYES, «El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental», *REDC*, n. 91, enero-abril 2011, pp. 135-178.
- B. OLIVERO, «Apología e istigazione (reati di)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. II., Giuffrè, Milán, 1958, pp. 618-624.
- M. OSIEL, *Mass Atrocities, Collective Memory, and the Law*, Transaction, New Brunswick (New Jersey), 1997.
- M. J. OSIEL, «Politiche della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale», en L. BALDISSARRA y P. PEZZINO, *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*. Napoles: L'ancora del Mediterraneo, 2005, pp. 105-117.
- I. DE OTTO PARDO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- T. PADOVANI, «Bene giuridico e delitti politici», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1, 1982, pp. 3-41.
- T. PADOVANI y L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, 2ª ed., CEDAM, Padua, 1992.
- A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21. Commentario della Costituzione*, Zanichelli editore, Bologna, 2006.
- F. PALAZZO, «Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali», en G. GIOSTRA y G. INSOLERA (ed.), *Costituzione, diritto e processo penale*. Atti del Convegno: Macerata, 28 y 29 enero 1997, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 41-84.
- E. PALERMO FABRIS, «Brevi note in tema di reati di opinione», en L. PEPINO (Ed.), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, FrancoAngeli, Milán, 1993, pp. 344-353.
- F. PANIZZO, «Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista». *Cassazione Penale* [base de datos en línea], n. 6, 2010, p. 2353.

- C. PAVONE, «Negazionismi, rimozioni, revisionismi: storia o politica?», en E. COLLOTTI (dir.), *Fascismo e antifascismo. Rimozioni, revisioni, negazioni*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 2000, pp. 15-42.
- L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-Wide Criminal Prohibition», *Jean Monnet Working Paper* [en línea], 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.
- S. PENNICINO, «Italy's proposal on Holocaust denial in a comparative perspective». *Revista general de Derecho público comparado. Comparative public law review* [base de datos en línea], fasc. 1, 2007.
- D. PERDURANT, «Antisemitism in Contemporary Greek Society» [en línea], Acta n. 7, Jerusalem, 1995. Texto accesible en: <http://sicsa.huji.ac.il/7perd.htm>.
- A. PERDUCA, «Disposizioni penali sul fascismo», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 1-7.
- O. PÉREZ DE LA FUENTE, «Sobre el Holocausto: El imperativo de la memoria en el ámbito del derecho y de la historia», *AFDUDC*, n. 14, 2010, pp. 91-119.
- J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- J. M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética*, Civitas, Madrid, 1995.
- S. PETRUNGARO, «Gli istituti statali di storia contemporanea nei paesi successori della Jugoslavia. Uno sguardo d'insieme», *Quaderni storici*, n. 2, 2008, pp. 433-454.
- L. PICOTTI, «La discriminazione razziale e la política: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona», *Dir. Imm. Citt.*, fasc. 2, 2005, pp. 69-92.
- L. PICOTTI, «Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 117-145.
- L. PICOTTI, «Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale», *Giurisprudenza Merito* [base de datos en línea], n. 9, 2006, p. 1960.
- V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negacionismo*, Bompiani, Milán, 1998.
- V. PISANTY, «Sul negazionismo», en E. COLLOTTI (dir.), *Fascismo e antifascismo. Rimozioni, revisioni, negazioni*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 2000, pp. 43-66.
- V. PISANTY, «I negazionismi», en M. CATTARUZZA, M. FLORES, S. LEVIS SULLAM, y E. TRAVERSO, *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, vol. I., Utet5, Turín, 2005-2006, pp.423-448.
- A. PIZZORUSSO, «Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principio costituzionali», en *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Milán, 2003, pp. 651-670.

- P. P. POGGIO, *Nazismo y revisionismo histórico*, Akal, Madrid, 2006. Ed. orig. *Nazismo e revisionismo storico*, Manifesto Libri, Roma, 1997.
- 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.
- K. R. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2006.
- A. PUGIOTTO, «Quando (e perché) la memoria si fa legge», *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2009, pp. 7-35.
- D. PULITANÒ, «Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico», en G. VASSALLI (dir.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, pp. 239-254.
- D. PULITANÒ, «Sulla legittimità dei reati d'opzione nella proposta Mastella», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2007, pp. 371-374.
- G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005.
- G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, 6ª ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», *AFDUC*, n. 12, 2008, pp. 771-793. Texto disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7420/1/AD_12_art_41.pdf.
- J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «Mio fratello e mio nemico: la gestione della memoria storica nella legislazione penale franchista», *Forum di Quaderni Costituzionali* [en línea]. [2008?]. Disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/3/3/>.
- J. A. RAMOS VÁZQUEZ, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código penal)», *Revista penal*, n. 23, 2009, pp. 120-137.
- R. REBOLLO VARGAS, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, PPU, Barcelona, 1992.
- R. REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.
- R. REBOLLO VARGAS, «La apología y el “presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento”», *Jueces para la democracia*, n. 28, 1997, pp. 36-38.
- M. REVENGA SÁNCHEZ, «Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del “ethos” democrático en la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 21, 2004, pp. 23-46.
- M. RIPOLI, «Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio», *Ragion Pratica*, n. 12, 1999, pp. 77-82.
- J. L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «La memoria histórica y los campos de concentración nazis», *Sistema*, n. 130, 1986, pp. 51-73.

- J. L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «El revisionismo en torno a las cámaras de gas», *Claves de Razón práctica*, n. 19, 1992, pp. 73-79.
- J. L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, «El debate en torno a David Irving y el negacionismo del Holocausto», *Cuadernos de Historia Contemporánea*, n. 22, 2000, pp. 375-385.
- G. RODRÍGUEZ MOROULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- R. RODRÍGUEZ PRIETO, «Uniidentitario vs. Pluriidentitario. El resurgimiento del antisemitismo en el siglo XXI», en J. CRUZ DÍAZ y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª Ed., Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 149-172.
- L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal (Parte General)*, Dykinson, Madrid, 2006.
- L. RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), *Código penal y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2011.
- J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.
- 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, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, CEPC, Madrid, 2002.
- 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.
- M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, pp. 493 y ss.
- S. ROMANO, «La libertà di manifestazione del pensiero», en L. MEZZETTI, *Diritti e doveri*, G. Giappichelli, Turín, 2013, pp. 409-444.
- A. M.^a ROMERO COLOMA, *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- J. ROMERO RODRÍGUEZ, «Libertad de establecimiento y desarrollo de televisión local y ordenamiento español», *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, 1996, pp. 297-328.
- N. RONZITTI, «Genocidio», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 573-587.
- 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.
- J. ROSATELLI, «Spagna: un passato che non deve passare?», *Ragion pratica*, n. 33, 2009, pp. 579-587.

- M. ROSENFELD, «Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis», *Working Paper Series*, Cardozo Law School [base de datos en línea], n. 41, 2001, 63 pp.
- G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l')», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Editrice Torinese, Turín, 1982, pp. 152-171.
- R. ROTBERG, Y D. THOMSON (ed.), *Truth v. Justice. The morality of Truths Commissions*. Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 2000.
- F. ROTONDI, *Luna di miele ad Auschwitz: riflessioni sul negazionismo della Shoah*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2005.
- M^a. J. RUIZ LANDÁRUBU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, COLEX, Madrid, 2002.
- G. E. RUSCONI (dir.), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Giulio Einaudi, Turín, 1987.
- M. SAAVEDRA LÓPEZ, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987.
- M. SAAVEDRA LÓPEZ, «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», *Persona y Derecho*, n. 55, 2006, pp. 547-576.
- M. SABROW, «Il disagio dell'elaborazione. La stretta tra scienza, morale e politica nella storia contemporanea», *Quaderni storici*, n. 2, 2008, pp. 337-350.
- C. SALETTA *et al.*, *Il caso Faurisson e il revisionismo olocaustico*, Graphos, Genova, 1997.
- F. SALOTTO, «Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (L. 13 ottobre 1975, N. 654; L. 24 febbraio 2006, N. 85)», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 167-180.
- P. SALVADOR CORDECH y A. RUBÍ PUIG, «Genocide denial and freedom of speech. Comments on the Spanish constitutional court's judgement 235/2007, novembre 7th», *Review of the analysis of the Law*, octubre 2008. Disponible en: http://www.indret.com/ca/dret_privat/16/?&sa=1&fc=347&sn=192.
- I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», 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. 685-722.
- S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- P. SÁNCHEZ-OSTIZ, «La apología del delito», *Persona y Derecho*, n. 55, 2006, p. 619-652.
- D. M. SANTANA VEGA, «Protección penal de la discriminación y libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en S. MIR PUIG y M. CORDOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 121-149.

- F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración», *Revista de Administración pública*, n. 128, 1992, pp. 185-223.
- J. A. SANTOS, «Moralidad como límite a la libertad de expresión», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 55, 2006, pp. 653-676.
- A. SANZ PÉREZ, «Libertad de expresión y la negación de los crímenes contra la Humanidad: La negación de los límites. Comentario a la STC 235/2007», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. III, 2007, pp. 2436-2452.
- R. SARAZÁ JIMENA, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Navarra, 1995.
- D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar en la Unión Europea. La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las Decisiones marco», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea], 10, 2005, 32 p.
- J. M. SAUCA CANO, «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido», en J. A. MARTÍN PALLÍN Y R. ESCUDERO ALDAY, *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 73-104.
- J. SAVELSBERG Y R. D. KING, «Law and Collective Memory», *Annual Review of Law and Social Science*, n. 3, 2007, pp. 189-211.
- L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padua, 2009.
- F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2004.
- I. SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1998.
- A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- R. SICURELLA, «Il Corpus Juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari», en G. GRASSO y R. Sicurella (ed.), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 31-196
- J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2011.
- M. SINAI, «Manual para la enseñanza del Holocausto y guía de recursos didácticos y pedagógicos», *Proyecto Final presentado al departamento académico de la Escuela de Estudios Sociales y Humanidades como parte integral del doctorado en Educación*, Atlantic International University. Honolulu (Hawái), marzo de 2010, p. 119. Disponible en: <http://www.aiu.edu/applications/DocumentLibraryManager/upload/Tesis%20Mario%20Sinay.pdf>.
- M. SINAY y Y. VASHEM, «Memoria del Holocausto y Negacionismo», *Cuadernos de Análisis*, Movimiento contra la intolerancia, n. 30, 2008, pp. 21-30. Disponible en: http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis.asp

- M. A. SIMÓN (ed.), *La extrema derecha en Europa desde 1945 a nuestros días*, Tecnos, Madrid, 2007.
- L. O. SMIDDY, «An Essay on Professor Fronza's paper: should holocaust denial be criminalized?», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 645-654.
- T. W. SMITH, «The Holocaust Denial Controversy». *Public Opinion Quarterly*, vol. 59, n. 2, 1995, pp. 269-295.
- J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, 1988, pp. 139-155.
- J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 32, 1991, pp. 73-113.
- J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 71, 1991, pp. 87-109.
- C. SORTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giufrè, Milán, 2007.
- A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2-3, 2007, pp. 689-738.
- I. SPIGNO, «Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione», *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2008-IV, pp. 1921-1931.
- E. STEIN, «History against free speech: The new german law against the Auschwitz -and other- "lies"», *Michigan Law Review*, vol. 85, n. 2, 1986, pp. 277-324.
- L. STORTONI, «L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?», *Il Foro Italiano*, vol. CII, 1979, pp. 899-905.
- L. STORTONI, «Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?», *Critica del Diritto*, n. 1, 1994, pp. 14-20.
- E. STRADELLA, *La libertà di espressione político-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Turín, 2008.
- G. W. STREICH, «Is There a Right to Forget? Historical Injustices, Race, Memory, and Identity», *New Political Science*, vol. 24, n. 4, 2002, pp. 525-542.
- N. STROSSEN, «Regulating racist speech on campus: a modest proposal?», *Duke Law Journal*, *Frontiers of legal Thought II, The New First Amendment*, vol. 1990, n. 3, Junio-1990, pp. 484-573.
- M. STUCCILLI, «Discriminazione e odio razziale: vizi e virtù dell'apparato penale preventivo e processuale», en S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padua, 2006, pp. 159-166.
- M. L. SUÁREZ ESPINO, «Comentario a la STC 235/2007, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», *Revista para el análisis del Derecho*, abril-2008.
- C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008.

- C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial, 5ª ed., Civitas-Aranzadi, Navarra, 2008.
- S. SUTEU, *Law against negation: Anti-Holocaust denial legislation in Europe*, LL.M Short Thesis, Central European University. Accesible en: http://www.etd.ceu.hu/2008/suteu_silvia.pdf.
- J. TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 80, 2008, pp. 233-255.
- P. R. TEACHOUT, «Making Holocaust Denial a Crime: Reflections on European anti-negationist laws from the perspective of U.S. constitutional experience», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 655-692.
- J. M^a. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal de la libertad de conciencia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 69, 1983, pp. 139-162.
- J. M^a. TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», 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. 787-815.
- G. M. TERUEL LOZANO, «Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 25, 2001, pp. 81-103.
- G. M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión en Internet y sus garantías constitucionales en el control de contenidos de páginas web*, J. M^a MORALES ARROYO (dir.), Tesis de máster, Universidad de Sevilla, septiembre 2010. Disponible en: <http://works.bepress.com/germanteruel/7/>.
- T. TODOROV, «Il secolo delle Tenebre», en M. FLORES (dir.), *Storia, verità, giustizia: I crimini del XX secolo*, Bruno Mondadori, Milán, 2001.
- C. TONINI, «L'Istituto polacco della memoria nazionale. Dai crimini "contro" la nazione polacca ai crimini "della" nazione polacca», *Quaderni storici*, n. 2, 2008, pp. 385-402.
- M. TROPER, «La legge Gayot e la Costituzione», *Ragion Pratica*, n. 8, 1997, pp. 189-207.
- M. TROPER, «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución», *Anuario de derechos humanos*, n. 2, 2001, pp. 957-984.
- C. TRUCCO, «Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apología di reato», Sent. Cort. Cass, sez I, 5 de julio de 1979, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1982, pp. 735-744.
- A. VALENTI, «Principi di materialità e offensività», en G. INSOLERA *et alii* (ed.), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I., 3ª ed., G. Giappichelli, Turín, 2006, pp. 274-312.
- J. VÁNDOR, «Del antijudaísmo precristiano al antisemitismo racial: estudio de una metamorfosis», en J. CRUZ DÍAZ, Y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª ed., Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 11-34.

- T. VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario al Código penal*, La Ley, Madrid, 2010.
- R. VELACCIO, «Liceità del consumo di droga e illiceità di condotte pregresse. Una convivenza difficile», *Giur. Cost.*, 1995, pp. 2668-2677.
- G. DE VERO, «Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico», Sentencia de la Corte Costituzionale de 5 de abril de 1974, n. 108, *Archivo Penale*, vol. XXXII, part. II, p. 317 y pp. 3-17.
- G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milán, 1988.
- 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.
- P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 1994.
- F. VIGANÒ, «Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* [base de datos en línea], n. 1, 2007, pp. 42.
- I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995.
- S. VINCIGUERRA, «Fascismo: sanzioni contro il fascismo», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milán, 1967, pp. 902-925.
- L. VIOLANTE, «Istigazione a disobbedire alle leggi», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 1000-1008.
- L. VIOLANTE, «Istigazione (nozioni generali)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 986-995.
- C. VISCONTI, «Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85», *Il Foro Italiano*, Anno CXXXI, Volume CXXIX, Parte IV, 2006, pp. 217-224.
- C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Turín, 2008.
- C. VISCONTI, «Il reato di propaganda razzista: tra dignità umana e libertà di espressione», *Lezione svolta il 17 di gennaio 2009 nell'ambito del Dottorato di ricerca in diritto penale dell'Università di Messina*. Disponibile en <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17636.pdf>.
- M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe», *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, Noviembre-Diciembre 1994, pp. 3390-3400.
- 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.
- 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, «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, *et alii: Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- P. WACHSMANN, «Libertà di espresione e negazionismo», *Ragion Pratica*, n. 12, 1999, pp. 57-69.
- R. L. WEAVER, N. DELPIERRE Y L. BOISSIER, «Holocaust Denial and Governmentally Declared “Truth”: French and American Perspectives» [en línea], 2008. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=russell_weaver.
- T. J. WEBB, «Verbal poison-criminalizing hate speech: a comparative analysis and a proposal for the American system», *Washburn*, vol. 50, 2011, pp. 445-482.
- J. E. WILLIAMS, «Legitimacy and Effectiveness of a Grassroots Truth and Reconciliation Commission», *Law & Contemporary Problems*, vol. 72:143, 2009, pp. 143-149.
- R. S. WISTRICH, voz «Negacionismo», en W. LAQUEUR (dir.) / A. CAVAGLION (dir. de la edición italiana), *Dizionario dell’Olocausto*. Giulio Einaudi, Turín, 2004, pp. 493-503.
- M. WHINE, «Holocaust denial in the United Kingdom», en J. H. BRINKS, S. ROCK, Y E. TIMMS (ed.), *Nationalist Myths and Modern Media. Contested Identities in the Age of Globalisation*, MacMillan, Londres-Nueva York, 2005, pp. 69-81. Disponible en: <http://www.thecst.org.uk/docs/Holocaust%20Denial%20in%20the%20UK.pdf>.
- V. ZAGREBELSKY *et. al.*, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*. CEDAM, Padua, 2012.
- J. ZILINSKAS, «Introduction of “crime of denial” in the Lithuanian criminal law and first instances of its application», *Jurisprudencija/Jurisprudence*, 2012, 19(1), p. 315-329.
- G. ZUCCALÀ, «Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero», *Legge Penale e Libertà del pensiero*. IIIº Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padua, 1966, pp. 79-104.

PRENSA

Artículos de opinión

- S. FANJUL, «Contra la historia», *ABC*, 26 de mayo de 2007, disponible en: <http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20070526&idn=1633330997726#->
- J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *El País*, 9 de julio de 1999, disponible en: http://elpais.com/diario/1999/07/09/opinion/931471204_850215.html
- M. CARRILLO, «La libertad y las expresiones miserables», *El País*, 5 de marzo de 2006, disponible en: http://elpais.com/diario/2006/03/05/opinion/1141513210_850215.html
- M. CARRILLO, «Libertad y expresiones odiosas», *El País*, 20 de febrero de 2007, disponible en: http://elpais.com/diario/2007/02/20/opinion/1171926014_850215.html

- M. CARRILLO, «El discurso del odio en democracia», *El País*, 8 de enero de 2008
- J. TUSSEL, «El revisionismo histórico español», *El País*, 8 de julio de 2004, accesible en: http://elpais.com/diario/2004/07/08/opinion/1089237607_850215.html

Noticias y reportajes

- «El fantasma del racismo recorre otra vez Europa», *El País*, 15 de diciembre de 2013, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/13/actualidad/1386957538_177854.html
- «El presidente iraní califica el Holocausto de “mito inventado por Occidente”», *El País*, 14 de diciembre de 2005, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/presidente/irani/califica/Holocausto/mito/inventado/Occidente/elpporint/20051214elpepuint_4/Tes
- «Los negacionistas acaparan el seminario sobre el Holocausto organizado por Irán», *El País*, 13 de diciembre de 2006, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/negacionistas/acaparan/seminario/Holocausto/organizado/Iran/elpepiint/20061213elpepiint_17/Tes
- «El presidente de Irán condena “la masacre de judíos” en el Holocausto», *El Mundo*, 25 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/25/internacional/1380130948.html>
- «Perú debe archivar proyecto sobre “negacionismo” del terrorismo», *Human Rights Watch*, 9 de abril de 2013, disponible en: <http://www.hrw.org/es/news/2013/04/09/peru-debe-archivar-proyecto-sobre-negacionismo-del-terrorismo>
- «Turquía y Francia, conflicto diplomático a la vista», *ABC*, 21 de enero de 2012, accesible en: <http://www.abc.es/20120122/internacional/turquia-francia-genocidio-armenio.html>
- «Shoah, appello contro il negacionismo Fini e Schifani: “Presto una legge”», *La Repubblica*, 15 de octubre 2010, accesible en: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/10/15/news/shoa_letta_risponde_a_pacifici-8074517/

SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

Comité de Derechos Humanos de la ONU

- Communication nº 550/1993: France, caso Faurisson, 16/12/1996 (CCPR/C/58/550/1993)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c./Reino Unido
- STEDH de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times c./Reino Unido
- STEDH de 8 de julio de 1986, caso Lingens c./Austria
- STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells c./España
- STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis c./Grecia
- STEDH de 20 de septiembre de 1994, caso Otto-Preminger-Institut c./Austria
- STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto Jersild c./Dinamarca
- STEDH de 25 de noviembre 1996, asunto Wingrove c./ Reino Unido
- STEDH de 30 de enero de 1998, asunto Partido Comunista Unificado de Turquía
- STEDH de 25 de mayo de 1998, caso Partido Socialista c./Turquía [Traducción de la base de datos WestlawEs]
 - STEDH de 9 junio 1998, asunto Incal c./ Turquía
 - STEDH de 25 de agosto de 1998, asunto Hertel c./ Suiza
 - STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni c./Francia [traducción tomada de la base de datos WestlawES]
- Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 20 de abril de 1999, sobre la admisibilidad del asunto Hans-Jürgen Witzsch c./Alemania
 - STEDH de 8 de julio de 1999, caso Gerger c./Turquía
 - STEDH de 8 de julio de 1999, caso Baskaya y Okçuoglu c./Turquía
 - STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek y Özdemir c./Turquía
 - STEDH de 9 de julio de 1999, caso Sürek c./Turquía
 - STEDH de 8 de diciembre de 1999, caso del Partido de la Libertad y de la Democracia (IZDEP) c./Turquía
- Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2000, sobre la admisibilidad del asunto Hans Jorg Schimanek c./Austria
 - STEDH (Sección 3ª) de 10 de octubre de 2000, caso Ibrahim Aksoy c./Turquía
 - STEDH (Sección 3ª) de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi y otros c./Turquía
 - STEDH (Sección 4ª) de 9 de abril de 2002, caso Yazar c./Turquía
 - STEDH de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi y otros c./Turquía [Traducción de la base de datos WestlawEs]
- STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, asunto Gündüz c./Turquía
- Decisión del TEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c./Francia
 - STEDH (Sección 2ª) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros c./Francia
 - STEDH (Sección 3ª) de 23 de septiembre de 2004, caso Feridun Yazar y otros c./Turquía
- Decisión del TEDH (Sección 3ª) de 2 de septiembre de 2004, sobre la admisibilidad del caso W. P. y otros c./ Polonia
 - STEDH (Sección 3ª) de 21 de octubre de 2004, caso Doganer c./Turquía

- Decisión del TEDH (Sección 2ª) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto M. A. Norwood c./ Reino Unido
- STEDH (Gran Sala) de 16 de marzo de 2006, asunto Zdanoka v./Lituania, apart. 100
- STEDH (Sección 3ª) de 21 de septiembre de 2006, sobre el caso Monnat c./Suiza
- Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 29 de mayo de 2007, sobre la admisibilidad del asunto Kern c./Alemania
- Decisión del TEDH (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2007, sobre la admisibilidad del asunto P. Ivanov c./ Rusia
- STEDH (5ª Sección) de 2 de octubre de 2008, asunto Leroy c./Francia
- STEDH (Sección 2ª) de 8 de julio de 2008, caso Vajnai c./Hungria
- STEDH (Sección 5ª) de 10 de julio de 2008, caso Soulas y otros c./Francia
- STEDH (Sección 5ª) de 15 de enero de 2009, caso Orban y otros c./Francia
- [Traducción de la base de datos WestlawEs]
- STEDH (Sección 5ª) de 30 de junio de 2009, caso Herri Batasuna c./España
- STEDH (Sección 5ª) de 30 de junio de 2009, asunto Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros c./España
- STEDH (Sección 5ª) de 30 de junio de 2009, asunto Herritarren Zerrenda c./España
- STEDH (Sección 2ª) de 16 de julio de 2009, caso Féret c./Bélgica
- Decisión del TEDH (5ª Sección) de 20 de abril de 2010, sobre la admisibilidad del caso Jean-Marie Le Pen c./Francia
- STEDH (2ª Sección) de 20 de mayo de 2010, asunto Cox c./ Turquía
- STEDH (Sección Tercera) de 7 de diciembre de 2010, asunto Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE_ANV) c./España
- STEDH (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2010, asunto Dink c. Turquía
- Decisión del TEDH (Sección 5ª) de 7 de junio de 2011, sobre la admisión del caso Bruno Gollnisch c./Francia
- STEDH (3ª Sección) de 23 de octubre de 2012, asunto V. A. Molnar c./ Rumanía
- STEDH (Sección 3ª) de 5 de marzo de 2013, asunto Varela Geis c./ España
- STEDH (Sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza

Comisión Europea de Derechos Humanos

- Decisión de 21 de mayo de 1976, sobre la admisibilidad del caso X. c./Italia
- Decisión de 11 de octubre de 1979, sobre la admisibilidad del caso J. Glimmerveend y J. Hagenbeek c./Países Bajos
- Decisión de 16 de julio de 1982, sobre la admisibilidad del caso X c./República Federal de Alemania
- Decisión de 14 de julio de 1983, sobre la admisibilidad del caso T. c./Bélgica

- Decisión de 12 de mayo de 1988, sobre la admisibilidad del asunto Michael Kühnen c./República Federal Alemana
- Decisión de 12 de octubre de 1989, sobre la admisibilidad del caso B.H., M.W., H.P. y G.K. c/Austria
- Decisión de 16 de abril de 1991, sobre la admisibilidad del caso Betty Purcell y otros c./Irlanda
- Decisión de 2 de septiembre de 1994, sobre la admisibilidad del asunto Walter Ochensberger c./Austria
- Decisión de 6 de septiembre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Otto E.F.A. Remer c./Alemania
- Decisión de 18 de octubre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Gerd Honsik c./Austria
- Decisión de 29 de noviembre de 1995, sobre la admisibilidad del caso Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern c./Alemania
- Decisión de 24 de junio de 1996, sobre la admisibilidad del caso Marais c./Francia
- Decisión de 29 de junio de 1996, sobre la admisibilidad del caso Irving c./Alemania
- Decisión de 9 de septiembre de 1998, sobre la admisibilidad del asunto Heerwig Nachtman c./Austria

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, caso Melloni
- STJUE de 10 de abril de 1984, C-14/1983, caso von Colson
- STJUE de 13 de noviembre de 1990, C-106/1989, caso Marlesasin
- STJUE de 16 de diciembre de 1993, C-334/1992, caso Miret,
- STJUE de 16 de junio de 2005, C-105/2003, caso Pupino

Tribunal Constitucional

- STC 5/1981, de 13 de febrero
- STC 6/1981, de 16 de marzo
- STC 11/1981, de 8 de abril
- STC 22/1981, de 2 de julio
- STC 51/1981, de 13 de febrero
- STC 1/1982, de 28 de enero
- STC 12/1982, de 31 de marzo
- STC 62/1982, de 15 de octubre
- STC 77/1982, de 20 de diciembre
- STC 3/1983, de 25 de enero
- STC 46/1983, de 27 de mayo

- STC 101/1983, de 16 de noviembre
- STC 120/1983, de 15 de diciembre
- STC 122/1983, de 16 de diciembre
- STC 22/1984, de 17 de febrero
- STC 110/1984, de 26 de noviembre
- STC 22/1985, de 15 de febrero
- STC 47/1985, de 19 de abril
- STC 53/1985, de 11 de abril
- STC 153/1985, de 7 de noviembre
- STC 104/1986, de 17 de julio
- STC 159/1986, de 12 de diciembre
- STC 165/1987, de 27 de octubre
- STC 196/1987, de 11 de diciembre
- STC 199/1987, de 16 de diciembre
- STC 6/1988, de 21 de enero
- STC 107/1988, de 8 de junio
- STC 50/1989, de 21 de febrero
- STC 51/1989, de 22 de febrero
- STC 121/1989, de 3 de julio
- STC 20/1990, de 15 de febrero
- STC 105/1990, de 5 de junio
- STC 119/1990, de 21 de junio
- STC 171/1990, de 12 de noviembre
- STC 172/1990, de 12 de noviembre
- STC 206/1990, de 17 de diciembre
- STC 119/1991, de 3 de junio
- STC 171/1991, de 12 de noviembre
- STC 197/1991, de 12 de noviembre
- STC 214/1991, de 11 de noviembre
- STC 220/1991, de 25 de noviembre
- STC 20/1992, de 14 de febrero
- STC 85/1992, de 8 de junio
- STC 217/1992, de 1 de diciembre
- STC 219/1992, de 3 de diciembre
- STC 222/1992, de 22 de diciembre
- STC 240/1992, de 21 de diciembre
- STC 15/1993, de 18 de enero
- STC 111/1993, de 25 de marzo
- STC 142/1993, de 22 de abril
- STC 232/1993, de 12 de julio
- STC 333/1993, de 15 de noviembre

- STC 341/1993, de 18 de noviembre
- STC 31/1994, de 31 de enero
- STC 41/1994, de 15 de febrero
- STC 170/1994, de 7 de junio
- STC 320/1994, de 28 de noviembre
- STC 76/1995, de 22 de mayo
- STC 78/1995, de 22 de mayo
- STC 79/1995, de 22 de mayo
- STC 173/1995, 21 de noviembre
- STC 176/1995, de 11 de diciembre
- STC 4/1996, de 16 de enero
- STC 52/1996, de 26 de marzo
- STC 55/1996, de 26 de marzo
- STC 76/1996, de 30 de abril
- STC 179/1996, de 12 de noviembre
- STC 190/1996, de 25 de noviembre
- STC 161/1997, de 2 de octubre
- STC 207/1997, de 27 de noviembre
- STC 46/1998, de 2 de marzo
- STC 81/1998, de 2 de abril
- STC 136/1999, de 20 de julio
- STC 187/1999, de 25 de octubre
- STC 192/1999, de 25 de octubre
- STC 11/2000, de 17 de enero
- ATC 24/2000, de 18 de enero
- STC 110/2000, de 5 de mayo
- STC 287/2000, de 11 de diciembre
- STC 13/2001, de 29 de enero
- STC 49/2001, de 26 de febrero
- STC 204/2001, de 15 de octubre
- STC 76/2002, de 8 de abril
- STC 154/2002, de 18 julio
- STC 232/2002, de 9 de diciembre
- STC 48/2003, de 12 de marzo
- STC 160/2003, de 15 de septiembre
- STC 5/2004, de 16 de enero
- STC 13/2004, de 23 de marzo
- STC 24/2004, de 24 de febrero
- STC 138/2005, de 26 de mayo
- STC 43/2004, de 23 de marzo
- STC 131/2006, de 27 de abril

- STC 174/2006, de 5 de junio
- STC 235/2007, de 7 de noviembre
- ATC 4/2008, de 9 de enero
- STC 12/2008, de 29 de enero
- STC 108/2008, de 22 de diciembre

Tribunal Supremo

- STS de 29 de noviembre de 1997, rec. 1997/8535
- STS de 4 de julio de 1994, rec. 3678/1993
- STS de 1 de abril de 1995, rec. 502/1994
- ATS de 14 de junio de 2002, rec. 29/2002
- STS de 26 de febrero de 2007, n. 149
- ATS de 18 de julio 2008, n. 5948
- STS de 5 de noviembre de 2009, rec. 2009/5836
- STS de 12 de abril de 2011, n. 259

Otra jurisprudencia española

- Sentencia Juzgado de lo Penal n. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998, caso Varela (Europa I)
 - Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 9 de junio de 1999, caso Varela (Europa I)
 - Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000, caso Varela (Europa I)
 - SAP Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008, caso Varela (Europa I)
 - Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona nº 11, de 5 de marzo de 2010, caso Librería Europa II
 - SAP Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010, caso Librería Europa II
 - SAP Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre, caso Librería Kalki

Corte costituzionale

- Sent. Cort. Cost. (14 giugno) 23 giugno 1956, n. 2
- Sent. Cort. Cost. (18 gennaio) 26 gennaio 1957, n. 1, *Giur. Cost.*, 1957, II, p. 1
- Sent. Cort. Cost. (25 febbraio) 11 marzo, n. 11
- Sent. Cort. Cost. (25 novembre) 6 dicembre 1958, n. 74, *Giur. Cost.* 1958, III, 958
- Sent. Cort. Cost. (8 marzo) 16 marzo 1962, n. 19, *Giur. Cost.* [osservazioni di C. ESPOSITO, «La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico»], 1962, I, pp. 189

y ss. También publicada en *Il Foro Italiano* [osservazioni di P. BARILE: «La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose»], 1962, part. I, pp. 855-863.

- Sent. Cort. Cost. (4 febbraio) 19 febbraio 1965, n. 9
- Sent. Cort. Cost. (6 aprile) 14 aprile 1965, n. 25
- Sent. Cort. Cost. (22 giugno) 6 luglio 1966, n. 87, *Giur. Cost.*, 1966, pp. 1090 ss.
- Sent. Cort. Cost. (22 giugno) 11 luglio 1966, n. 100, *Giur. Cost.*, 1966 [osservazioni di A. PECORARO-ALBANI, «In tema di eccitamento al dispregio delle istituzioni e libertà di manifestare il proprio pensiero» e di G. M. LOMBARDI, «"Fedeltà qualificata" e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero (Problemi e prospettive)»], pp. 1216-1230.
- Sent. Cort. Cost. (21 novembre) 28 novembre 1968, n. 120, *Giur. Cost.*, 1965, p. 241
- Sent. Cort. Cost. (17 aprile) 2 aprile 1969, n. 84, *Giur. Cost.* [osservazioni di CERRI], 1969, pp. 1175 ss.
- Sent. Cort. Cost. (23 aprile), 4 maggio 1970, n. 65, *Giur. Cost.* [osservazioni di JEMOLÓ], 1970, II, pp. 955 ss.
- Sent. Cort. Cost. (5 luglio) 8 luglio 1971, n. 168, *Giur. Cost.* [osservazioni di PACE], 1971, II, pp. 1774 ss.
- Sent. Cort. Cost. (9 giugno) 15 giugno 1972, n. 105
- Sent. Cort. Cost. (14 febbraio) 27 febbraio 1973, n. 14
- Sent. Cort. Cost. (14 febbraio) 27 febbraio 1973 n. 15, *Giur. Cost.*, pp. 79.
- Sent. Cort. Cost. (14 febbraio) 27 febbraio 1973, n. 16, *Giur. Cost.* [osservazioni di LOMBARDI], 1973, pp. 87 ss. y 485
- Sent. Cort. Cost. (21 marzo) 27 marzo 1974, n. 86, *Giur. Cost.*, 1974, p. 677
- Sent. Cort. Cost. (24 gennaio) 30 gennaio 1974, n. 20, in *Il Foro Italiano*, 1974, I, pp. 600 ss.
- Sent. Cort. Cost. (5 aprile) 23 aprile 1974, n. 108, *Giur. Cost.*, 1974, pp. 774 y y ss.
- Sent. Cort. Cost. (12 giugno) 19 giugno 1974, n. 180
- Sent. Cort. Cost. (9 gennaio) 16 gennaio 1975, n. 7
- Sent. Cort. Cost. (24 maggio) 30 maggio 1977, n. 94
- Sent. Cort. Cost. (23 maggio) 5 giugno 1978, n. 71
- Sent. Cort. Cost. (7 gennaio) 14 gennaio 1982, n. 1
- Sent. Cort. Cost. (29 aprile) 2 maggio 1985, n. 126, *Giur. Cost.*, 1985, pp. 894 y ss.
- Sent. Cort. Cost. (10 aprile) 23 aprile 1987, n. 147
- Sent. Cort. Cost. (8 luglio) 28 luglio 1988, n. 925
- Sent. Cort. Cost. (9 luglio) 27 luglio 1992, n. 368
- Sent. Cort. Cost. (11 luglio) 17 luglio 2000, n. 293
- Sent. Cort. Cost. (13 novembre) 20 novembre 2000, n. 508, *Giur. It.*, 2001, pp. 2228
- Sent. Cort. Cost. (15 novembre) 23 novembre 2000, n. 531

- Sent. Cort. Cost. (5 luglio) 12 luglio 2001, n. 243, *Giur. Cost.* [osservazioni di S. CECCANTI: «Italia non è una “democrazia protetta”, ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno»], 2001, pp. 2109-2118

Corte di Cassazione

- Sent. Cass., sez. U., del 18/11/1958, *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 1960, p. 183 ss.
- Sent. Cass., sez. U., del 18/11/1958, *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 1960, p. 183 ss.
- Sent. Cass. sez. III, 5/04/1961, *Foro it.*, 1962, II, 68 ss. y *Giur. It.*, 1964, II, 64 y ss.
- Sent. Cass., sez. I, 22/11/1974, *Giust. Pen.*, 1975, II, p. 675
- Sent. Cass., sez. I, 11/03/1975, n. 10804
- Sent. Cass., sez. I, 29/01/1975
- Sent. Cass., sez. I, 5/07/1979
- Sent. Cass., sez. I, 29/03/1985, n. 507
- Sent. Cass., sez. V, 16/01/1986, n. 65, *Giur. Cost.*, II, p. 78
- Sent. Cass., sez. I, 27/09/1991
- Sent. Cass., sez. I, 29/10/1993, n. 3791, *Riv. Pen.*, 1994, II, pp. 99 ss
- Sent. Cass., sez. I, 22/11/1997
- Sent. Cass., sez. I, 17/11/1997, *Giust. Pen.*, 1998, II, pp. 547 ss
- Sent. Cass., sez. I, 26/11/1997, *Giust. Pen.*, 1998, II, pp. 414 ss
- Sent. Cass., sez. VI, 17/04/1998, *Giust. Pen.*, 1999, p. 604
- Sent. Cass., sez. I, 05/05/1999, n. 8779
- Sent. Cass., sez. I, 16/06/1999, n. 7812
- Sent. Cass., sez. III, 28/02/2002, n. 7421, *Giur. It.*, n. 3, 2004, p. 620
- Sent. Cass., sez. I, 04/03/2004, n. 19908
- Sent. Cass., sez. V, 05/04/2005, n. 19378
- Sent. Cass., sez. V, 17/11/2005, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* [osservazioni di L. FERLA, «L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione»], fasc. 4, 2007, pp. 1449-1475
- Sent. Cass., sez. V, 20/01/2006, n. 9381
- Sent. Cass., sez. V, 11/07/2006, n. 37609, *Riv. Pen.*, 2, 2007, pp. 152 ss.
- Sent. Cass., sez. I, 11/04/2007, *Giust. Pen.*, 2007, II, p. 452
- Sent. Cass., sez. III, 13/12/2007, n. 13234, *ItalGiureWeb* [base de datos en línea]
- Sent. Cass., sez. III, 07/05/2008, n. 37581, *ItalGiureWeb* [base de datos en línea]
- Sent. Cass., sez. V, 12/06/2008, n. 38217
- Sent. Cass., sez. IV, 10/07/2009, n. 41819

Otra jurisprudencia italiana

- Sent. Appello Bologna, Sezione Istruttoria, II gennaio 1963, *Giur. It.*, 1964, II, pp. 74 ss.
- Sent. de la Ass. Milanto, 14/11/2001, *Cassazione Penale* [osservazioni di Fronza: «Brevi note sulla teoria della “istigazione indirecta” in tema di apologia»], 2003, pp. 1006-1021 (312)
- Sent. Tribunale di Milano, 25/02/2003, n. 415
- Trib. Verona, 02.12.2004, X, in *Dir. Imm. Citt.*, 2005, n. 2, pp. 190 y ss
- App. Verezia, 30.01.2007, X, in *Juris Data*
- App. Venezia, 20.10.2008

Bundesverfassungsgericht

- *BVerfGE* 45, 187
- *BVerfGE* 90, 241-255

Conseil Constitutionnel

- Decisión nº 2012-647 DC de 28 de febrero de 2012. El texto está accesible en español en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/decisiones/decision-nº-2012-647-dc-de-28-de-febrero-de-2012.114973.html>

Cour constitutionnelle belge

- Sentencia nº 45/96 de 12 de julio de 1996. Accesible en: <http://www.const-court.be/public/f/1996/1996-045f.pdf>

Corte Suprema de los Países Bajos

- HR de 25 de noviembre de 1997, NJ 1998, 261

Corte Constitucional húngara

- Sentencia nº 18/2004 de 25 de mayo. Accesible en: http://www.mkab.hu/letoltesek/en_0018_2004.pdf
- Sentencia 30/1992 de 26 de mayo

Supreme Court EE.UU

- Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)
- Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919)
- Debs v. United States, 249 US 211 (1919)
- Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)
- Scafer v. United States, 251 U.S. 468 (1920)
- Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920)
- Gitlw v. New York, 268 U.S. 652 (1925)
- Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)
- United States v. Associated Press, 52 F. Supp 362, 372 (1943).
- Dennis v. United States, 341 US 494 (1951)
- Beauharnais c. Illinois, 343 US 250, 1952
- Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957)
- Communist Party v. Subversive Activities Control Board, 367 U.S. 1 (1961)
- N. York Times Co. V. Sullivan, 376 US 254, 270 (1964);
- United States v. Robel, 389 U.S. 258 (1967)
- *Curtis Publ. Co. v. Butts*, 388 V.S. 130 (1967)
- *Time, Inc. v. Hill*, 385 V. S. 374 (1967)
- Brandenburg v. Ohio, 395 US 444, 1969
- Cohen v. California 403 USA 15 (1971)
- *Rosembloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29 (1971)
- Communist Party of Indiana v. Whitcomb, 414 U.S. 441 (1974)
- *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974)
- Hulster Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)
- National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977)
- R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U. S. 377 (1992)
- Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 347 (2003)

Supreme Court canadiense

- Regina v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697
- Regina v. Andrews, [1990] 3 S.C.R. 870
- Regina v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731

INFORMES, RECOMENDACIONES, PROPUESTAS Y DICTÁMENES

- 1ª COMMISSIONE PERMANENTE SENATO (affari costituzionali, affari della presidenza del consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione), *Parere sul disegno di legge «Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale»*, 15/10/2013
- COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, 14.11.2007 (A6-0444/2007)
- COMISIÓN DE LIBERTADES Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, de 24 de mayo de 2002 (A5-0189/2002)
- COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, 28.11.2001, COM(2001) 664 final
- COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council*, «on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JAI on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law», 27.1.2014, COM(2014) 27 final
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Concluding observation, Hungary*, CCPR/C/HUN/CO/5, 16/11/2010
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *General Comment N. 34, Art. 19: Freedom of opinion and expression*, International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/34, 12/09/2011
- 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
- CONSEJO EUROPEO, *Comunicado de prensa*, Sesión de 19 y 20 de abril de 2007, Consejo de Justicia y Asuntos de Interior 8364/07 (Presse 77)
- 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
- GRUPO PARLAMENTARIO CATALÁN (Convergència i Unió), *Moción relativa a la modificación del Código Penal para tipificar como delito la banalización del holocausto o del nazismo, sea a través de la utilización de símbolos nazis y totalitarios, sea mediante la adjetivación de líderes, entidades e instituciones demócratas con el calificativo de "nazi"*,

"nazista" o "nazismo", publicada en DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 144, de 09/10/2013, Pleno, p. 72-

– GRUPO PARLAMENTARIO DE UPYD, *Proposición no de Ley sobre las reformas legales necesarias para tipificar el negacionismo y mejorar la regulación de los delitos relativos a "discurso del odio"*», presentada en fecha 17 de junio de 2013

– GRUPO PARLAMENTARIO IZQUIERDA PLURAL, *Proposición no de Ley sobre medidas contra los actos de apología de la dictadura franquista y el fascismo*, para su debate en la Comisión de Justicia, publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 320, de 10/09/2013, p. 17

– GRUPO PARLAMENTARIO IZQUIERDA PLURAL, *Proposición no de Ley sobre medidas contra los actos de apología de la dictadura franquista y el fascismo*, para su debate en la Comisión de Justicia, publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 320, de 10/09/2013, p. 18

– INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom* [En línea], Report n. 3, 2000. Disponible en: http://www.jpr.org.uk/Reports/CS_Reports/no_3_2000/index.htm

– M. Jean-pierre SUEUR, *Rapport n° 269, 2011-2012*, Commission des Lois, 18 de enero de 2012). Texto accesible en: <http://www.senat.fr/rap/l11-269/l11-269.html>

– OBSERVATORIO LEGISLATIVO DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Nota de los debates en el Consejo*, 28.11.2002, 2001/0270(CNS)

– OBSERVATORIO LEGISLATIVO DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Nota de los debates en el Consejo*, 27.02.2003, 2001/0270(CNS)

– OBSERVATORIO LEGISLATIVO DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Nota de los debates en el Consejo*, 24.02.2005, 2001/0270(CNS)

– PARLAMENTO EUROPEO, *Recomendación al Consejo sobre una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo acerca de la evolución de las negociaciones sobre la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, de 21 de junio de 2007, 2007/2067(INI)

– PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución legislativa sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*, 04.07.2002, COM(2001) 664 – C5- 0689/2001 – 2001/2070(CNS), P5_TA(2002)0363

– PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución legislativa sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, de 29 de noviembre de 2007, 11522/2007 – C6 – 0246/2007 – 2001/0270(CNS)

– SOCIETÀ ITALIANA PER LO STUDIO DELLA STORIA CONTEMPORANEA, *Negazionismi*. Disponible en: <http://www.sissco.it/index.php?id=11>

PÁGINAS WEB

(Comprobadas a fecha de 3 de enero de 2014)

- Agenda de días y semanas conmemorativos:
<http://www.carm.es/ctra/cendoc/dossier/dias.asp>
- Committee for open debate on the Holocaust: <http://www.codoh.com/>
- Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/Pages/default.aspx>
- Education for Holocaust remembrance:
<http://www.unesco.org/new/en/education/themes/leading-the-international-agenda/human-rights-education/holocaust-remembrance/>
- Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/>
- Fondazione CDEC, Centro di Documentazione Ebraica Contemporanea:
<http://www.cdec.it>
- Holocaust Memorial Museum: <http://www.ushmm.org/>
- International Holocaust Remembrance Alliance:
<http://www.holocaustremembrance.com>
- Institute for historical review: <http://www.ihr.org>
- Jewish Virtual Library: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/index.html>
- L'Association des Anciens Amateurs de Récits de Guerres et d'Holocaustes (AARGH): <http://www.vho.org/aaargh/index.html>
- Observatorio Legislativo del Parlamento Europeo:
<http://www.europarl.europa.eu/oeil/home/home.do>
- Pratique de l'histoire et dévoiements négationnistes:
<http://www.phdn.org/index.html>
- Prelex: <http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm?CL=es>
- Task Force for international cooperation on Holocaust education, remembrance, and research: <http://www.holocausttaskforce.org/>
- The Institute of National Remembrance (Poland):
http://www.ipn.gov.pl/portal/en/31/327/The_Act_on_the_Institute_of_National_Remembrance.html
- Tribunal Penal Internacional para Rwanda: <http://www.unict.org>

ABREVIATURAS:

- AAVV.: Autores Varios
- ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales
- AFDUDC: Anuario da Facoltade de Dereito da Universidade da Coruña
- AP: Audiencia Provincial
- Apart.: Apartado
- Art.: Artículo
- Arts.: Artículos
- Artt.: Articoli
- ATC: Auto del Tribunal Constitucional
- ATS: Auto del Tribunal Supremo
- BGH: Bundesgerichtshof
- BVerfGE: Bundesverfassungsgericht
- Cap.: Capítulo
- CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- CE: Constitución española
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CEPC: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Cort. Cost.: Corte Costituzionale
- Cost. it.: Constitución italiana
- Cost. it.: Costituzione italiana
- Cp. it.: Código penal italiano
- Cp.: Código penal
- Cfr.: Consúltese
- D. Lgs.: Decreto Legislativo
- Dir. Imm. Citt.: Diritto immigrazione e cittadinanza
- EEMM.: Estados Miembros
- EEUU: Estados Unidos
- FJ.: Fundamento Jurídico
- Foro It.: Foro italiano
- Giur. Cost.: Giurisprudenza Costituzionale
- Giur. Cost.: Giurisprudenza Costituzionale
- Giur. It.: Giurisprudenza Italiana
- Giust. Pen.: Giustizia Penale
- ONU: Organización de Naciones Unidas
- L. cost.: Legge costituzionale
- L.: Legge
- N.: Número
- REDC: Revista Española de Derecho Constitucional
- Riv. Pen.: Rivista Penale

- Riv. Trim. Dir. Pubbl.: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
- S. p.: sin paginar.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- Sec.: Sección
- Sent. Cass.: Sentenza Cassazione
- Sent. Cort. Cost.: Sentenza Corte Costituzionale
- Sent.: Sentencia
- Sez.: Sezione
- Ss.: Siguietes
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- StGB: Código penal alemán
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Tít.: Título
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Trib.: Tribunal
- TS: Tribunal Supremo
- UE: Unión Europea
- Vid.: Véase
- [en línea]: publicaciones en Internet (revistas digitales, blog, etc.). Cuando se trata de documentos disponibles en Internet se referencia «disponible en» o «accesible en» y la web donde se pueden encontrar.
 - [base de datos en línea]: se referencia así cuando el texto ha sido tomado de una base de datos en línea y por tanto el formato de éste puede variar con respecto a la publicación original en la revista correspondiente.