



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El negacionismo en el Código Penal

Presentado por:

Sara Cantero Sanz

Tutelado por:

Alejandro Luis de Pablo Serrano

Valladolid, 14 de julio de 2021

RESUMEN:

El presente trabajo consiste en el estudio del delito de negacionismo, que es un tipo de discurso del odio. Para ello se analizará su concepto, el tipo penal y también se mostrará un panorama jurisprudencial con importantes pronunciamientos que ayudan a entender este delito y las circunstancias en que ha ido configurándose. La proliferación de estos mensajes de odio hace que las bases de nuestra democracia se tambaleen al poner en peligro el orden público y la paz. Es aquí donde surge un debate, ya que este delito colisiona con la libertad de expresión que aparece consagrada en nuestra Constitución. No existe todavía un consenso de dónde se encuentran los límites de esta libertad y por eso en la jurisprudencia y la doctrina encontramos diversas opiniones que intentan llegar a una solución.

PALABRAS CLAVE: Negacionismo, Discursos del Odio, Dignidad Humana, Libertad de Expresión.

ABSTRACT:

The present work consists of the study of the crime of denial, which is a type of Hate Speech. For this, its concept, the criminal type, will be analyzed and a jurisprudential panorama will also be shown with important pronouncements that help to understand this crime and the circumstances in which it has been configured. The proliferation of these hateful messages shakes the foundations of our democracy by endangering public order and peace. It is here where a debate arises, since this crime collides with the Freedom of Expression that appears enshrined in our Constitution. There is still no consensus on where the limits of this Freedom are and that is why in jurisprudence and doctrine we find various opinions that try to reach a solution.

KEY WORDS: Denialism, Hate Speeches, Human Dignity, Freedom of Expression.

ABREVIATURAS:

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

DM: Decisión Marco

FD: Fundamento de Derecho

FJ: Fundamento Jurídico

JAI: Justicia y Asuntos de Interior

Núm: Número

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. BREVE HISTORIA LEGISLATIVA DEL NEGACIONISMO EN EL CÓDIGO PENAL.....	8
2.1 LOS DISCURSOS DEL ODIO.....	8
2.2 EL NEGACIONISMO.....	11
2.2.1 Concepto.....	12
2.2.2 Breve referencia con el revisionismo.....	13
2.2.3 Derecho a la memoria.....	13
3. EL DELITO DE NEGACIONISMO DEL ARTICULO 510.1 c) DEL CODIGO PENAL VIGENTE.....	15
3.1 ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.....	16
3.1.1 Bien jurídico protegido. Doctrina y Jurisprudencia.....	16
3.1.2 Tipo objetivo: elementos.....	22
3.1.3 Tipo subjetivo.....	25
3.1.4 Agravantes.....	25
3.2 JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	26
3.2.1 STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991.....	26
3.2.2 STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007.....	30
3.2.3 STS 259/2011, de 12 de abril de 2011.....	34
3.3 JURISPRUDENCIA EUROPEA.....	38
3.3.1 STEDH de 15 de octubre de 2015, Perinçek c. Suiza.....	38
3.3.2 STEDH de 23 de septiembre de 1998, Lehideux e Isorni c. Francia.....	41
3.3.3 STEDH de 24 de junio de 2003, Garaudy v. France.....	43
4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y NEGACIONISMO.....	46
5. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL.....	48

6. CONCLUSIONES.....	51
7. BIBLIOGRAFÍA.....	52
8. ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	55

1. INTRODUCCIÓN

En nuestros días se está produciendo una corriente de mensajes y actos discriminatorios hacia ciertos colectivos que generan un clima de odio que provoca que sociedades democráticas, basadas en la igualdad y la paz, estén en peligro. Por ello, los Estados deciden regular estos comportamientos mediante la imposición de penas a aquellos que los lleven a cabo.

El origen de la legislación de estos delitos se sitúa en el momento que finalizó la Segunda Guerra Mundial trayendo consigo la creación de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que buscaba un clima de paz y seguridad por medio de organizaciones que condenaban ciertos actos para evitar que volvieran a suceder las atrocidades que se acababan de vivir.

A parte de los ordenamientos internacionales, fueron muchos los países que reaccionaron frente a las ideas y conductas genocidas, intentando condenar todo tipo de delitos de odio entre los que se encuentra la condena a los discursos del odio que ahora nos ocupan. Entre esos países se encuentra España.

Hay que destacar que estos discursos de odio suelen ir acompañados de exaltaciones a regímenes autoritarios y esto, produce que más ordenamientos jurídicos de otros países decidan sumarse a la regulación de esta situación intentado controlar que no se produzca el crecimiento de estos.

En nuestro ordenamiento jurídico, en concreto en el Código Penal, encontramos los discursos del odio y entre ellos figura el negacionismo, el cual se analizará en profundidad en este trabajo.

En España la regulación de este delito ha sufrido varias modificaciones desde su primera regulación. Destacar que nuestro Tribunal Constitucional ha llevado consigo también la declaración de inconstitucionalidad del negacionismo, que aparecía en el antiguo artículo 607.2, en la STC 235/2007 de 7 de noviembre de 2007, pero que como veremos, sorprende que en la siguiente reforma llevada a cabo se siga regulando.

Negar la existencia de hechos históricos, como son algunos genocidios, supone una infravaloración de lo que han sufrido las víctimas y los familiares. Estos sufren un ataque a su honor y dignidad. Con ese discurso se quiere borrar una parte de la historia e incluso justificar los crímenes cometidos.

La regulación de estos delitos, y sobre todo de los discursos del odio, encuentra como “obstáculo” el derecho fundamental de la libertad de expresión.

Al tratarse de una libertad tan fundamental hay que ser muy prudente a la hora de restringirla, pero como veremos en el trabajo hay ciertas barreras que son infranqueables encontrando límites cuando estás justificando y negando actos que sí ocurrieron de verdad y que son de tal gravedad. Por lo tanto, nuestros jueces y tribunales deben examinar con detenimiento cada caso concreto y determinar si se produce ese límite a esa libertad de opinión.

Como hemos dicho anteriormente, el presente trabajo lleva a cabo un análisis del delito de negacionismo para poder conocer en profundidad su estructura y la intención del legislador. Para saber el alcance de este delito frente a la libertad de expresión y opinión se examinan sentencias importantes, tanto a nivel nacional como supranacional. Finalmente se señala una reciente propuesta de reforma de este artículo.

2. BREVE HISTORIA LEGISLATIVA DEL NEGACIONISMO EN EL CÓDIGO PENAL

2.1. LOS DISCURSOS DEL ODIO

Antes de proceder con el análisis completo del delito de negacionismo es importante hacer referencia a los discursos del odio ya que este delito es un tipo de discurso de odio que a su vez aparecen conectados con los llamados delitos del odio.

Los discursos de odio no solamente están legislados y castigados en España si no que son múltiples países los que en sus regulaciones recogen este delito. De hecho, el término “discurso del odio” se toma del inglés “hate speech”.¹

También en un ámbito más internacional la Unión Europea ha regulado este tipo de delitos. Podemos encontrar en la Recomendación núm. R (97) 20 de 1997 una definición de lo que se considera “discurso del odio” y establece que son *“aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”*.²

En nuestro ordenamiento jurídico los discursos de odio aparecen regulados en el artículo 510 que establece que:

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

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

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su

¹ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Página 39.

² TURIENZO FERNANDEZ, Alejandro, “El delito de negación del holocausto”. *InDret* 1/2015, Página 6

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Landa Gorostiza establece que se trata de una definición abierta y que esta se adapta a los casos que se presentan ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se trata de un conjunto complejo y variado que pretende evitar el “envenenamiento del espacio público” castigando todos aquellos discursos que nieguen la igualdad, los derechos de ciertas personas creando un ambiente de hostilidad y que desembocaría en un enfrentamiento.³

Coincidiendo con la complejidad del concepto encontramos a Vicente Martínez que señala que los discursos del odio es un tipo de delito de odio que consiste en cometer actos en los que se requiera algún tipo de discurso ya sea de forma escrita o verbal. Este discurso está encaminado a promover el odio y la hostilidad en contra de algún colectivo. La complejidad para esta autora se encuentra en que en estos discursos es difícil establecer

³ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Los delitos de odio artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Página 38.

criterios que permitan su identificación de manera homogénea debido a que resulta afectado el derecho de libre expresión.⁴

Se puede decir que la debilidad de las definiciones que se dan se establece en los términos que se deben incluir para que se consideren como odiosos⁵

Como se dijo al comenzar este apartado el negacionismo se enmarca en los discursos de odio porque se trata de un discurso del odio por dirigirse contra colectivos que han sido víctimas de graves crímenes, negando que haya sucedido, por ejemplo, con la negación del Holocausto que se dirige contra todo el colectivo de los judíos que ha sido históricamente discriminado, perseguido y asesinado. En los apartados siguientes se va a llevar a cabo un análisis profundo de este delito.

2.2. EL NEGACIONISMO

Como se ha señalado en el apartado anterior la regulación del negacionismo se encuentra en el artículo 510.1.c).

Para llegar a la regulación actual de este artículo esta encuentra su precedente inmediato en el artículo 165 ter que fue introducido en el Código Penal por la reforma de la Ley Orgánica 4/1995 que tipificaba la provocación a la discriminación. Esta regulación fue fruto del aumento de casos racistas y xenófobos que existió en nuestro país en la década de los 90.⁶

Se encuentran importantes diferencias entre el artículo 510 y el derogado artículo 165 destacando la previsión de la pena superior a la del delito de discriminación del artículo 511 llevada a cabo por la incorporación del tipo delictivo *la difusión de informaciones injuriosas*.

La reforma del Código penal llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo produjo una modificación sustancial en el artículo ya que se llevó a cabo una

⁴ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Páginas 39 y 42

⁵ GRAU ALVAREZ, Jaime “La Libertad de Expresión y Discurso del Odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos Y Europa” *Icade. Revista de la Facultad de Derecho* | N° 111 [enero-junio 2021] [ISSN 2341-0841]

⁶ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. “Artículos 510 a 521 bis de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (dir), *Comentarios al Código penal*. 2a ed. Valladolid: Lex Nova, 2011. Página 1780.

ampliación tanto en las acciones típicas como en las razones discriminatorias que llevan a realizar estas acciones.

A esta modificación se unió la fusión con el tipo previsto en el artículo 607.2 cumpliendo lo establecido en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal y por la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007.⁷

2.2.1. Concepto

Antes de proceder al análisis de este delito es importante tener claro que debemos entender por el negacionismo y separarlo de la figura del revisionismo de la cual se hará una breve referencia en el siguiente apartado.

El término de negacionismo surge por el movimiento llamado por los historiadores como negacionismo del Holocausto. El negacionismo se puede calificar como el acto llevado a cabo por personas que, debido a motivos ideológicos y valiéndose de ciertas metodologías científicas, niegan y justifican graves crímenes contra la humanidad.⁸

En relación con esto establece Fronza el concepto de negacionismo coincide con doctrinas radicales según las cuales el genocidio, por ejemplo el llevado a cabo en la Alemania nazi, no existió y se trata de una mentira y de un mito. A través de la negación de las cámaras de gas, cuestionado el número de las víctimas...

A través del negacionismo se produce una trivialización de los crímenes cometidos, esta trivialización se trata de un negacionismo minimizador, también se produce con la justificación o con la negación de los crímenes. A través del negacionismo se prescinde de cualquier regla historiográfica ya establecida y se elude el problema de la relación del genocidio con la realidad histórica.

⁷ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Artículo 510, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio María y FERNÁNDEZ RODERA. José Alberto *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo VI, Delitos contra la Constitución, el orden público, delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, delitos contra la Comunidad internacional: artículos 472-676 quáter*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015. Página 183.

⁸ TERUEL LOZANO, Germán, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera: estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. Páginas 64 y 65.

Se produce una denegación histórica, esta idea será desarrollada en un apartado más adelante.⁹

2.2.2. Breve referencia con el revisionismo

Varios autores coinciden en que deben distinguirse los conceptos de negacionismo y revisionismo que como se ha dicho anteriormente tienden a confundirse.

Fronza establece que el revisionismo es una tendencia historiográfica que tiende a revisar las opiniones históricas que aparecen ya consolidadas debido a nuevos elementos fruto de las investigaciones y que da de resultado una reinterpretación y reescritura de estas. En relación con los graves crímenes, como por ejemplo el Holocausto nazi, intenta redistribuir las culpas e intenta atribuir a Hitler responsabilidades limitadas.¹⁰

Otro de los autores que también hacen una distinción entre estos dos conceptos es Teruel Lozano que establece un ejemplo del revisionismo nombrando a Ernst Nolte que relativizó los crímenes que fueron cometidos por los regímenes nacionalsocialista y fascista sin llegar a negarlos, los contextualizó como una reacción al problema bolchevique y figuraba un nexo causal entre los mismos.¹¹

2.2.3. Derecho a la memoria

Antes de entrar con el análisis del delito es interesante hacer una breve referencia de lo que estos delitos suponen para la seguridad existencial de grupos y el miedo a un resurgimiento de nuevos Holocaustos.

Para comenzar, según la autora Fronza la tipificación de este delito también puede ser una forma de proteger y conservar la memoria sobre hechos criminales. Podemos estar ante un instrumento que responda al temor del debilitamiento que puede sufrir la memoria sobre los hechos criminales. Es importante resaltar la diferencia entre el delito de negacionismo, que se centra en que es necesario recordar de una forma determinada, de las leyes de memoria que están centradas en que es necesario recordar.¹²

⁹ FRONZA, Emanuela, “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria.” *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, N° 5 (2011) Página 105 y 106.

¹⁰ FRONZA, Emanuela, “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria.” *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, N° 5 (2011) Página 106.

¹¹ TERUEL LOZANO, Germán, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera: estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. Página 63.

¹² FRONZA, Emanuela, “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a época, N° 5 (2011), Páginas. 100 y 134.

Este derecho a la memoria está relacionado con un reconocimiento de la dignidad y la propia personalidad, que como se verá más adelante estos dos forman parte de los bienes jurídicos protegidos. Esta presente manera relacional entre el sujeto titular y el colectivo social al que se le está atacando según Thus. Esta autora también explica que se trata de un derecho vinculado al concepto de ciudadanía (*entendida como la conformación de la subjetividad en el espacio público*) y como derecho constituido en permanente articulación entre lo individual como puede ser la memoria, biografía o identidad personal y lo colectivo relacionado con la permanente reconstrucción de los sentidos del pasado.¹³

En esta línea, Gamberini, también nos habla de que la naturaleza de este delito invoca a una protección de la memoria de todas las violaciones graves de los derechos humanos.¹⁴

¹³ THUS, Valeria “Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. SSN 0328-5642. e-ISSN 2718-7063. Año 18, N° 2. Noviembre de 2020. Página 47

¹⁴ GAMBERINI, Alessandro, “Protección de la memoria y derecho penal: una reflexión sistemática y comparativa del delito de negacionismo [notas sobre Emanuela Fronza «Il negazionismo come reato» (El negacionismo como delito), Giuffrè, 2012]” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, N.º 11 (enero de 2014), Página 530.

3. EL DELITO DE NEGACIONISMO DEL ARTÍCULO 510.1.c) DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE

Tras haber analizado el negacionismo como un discurso de odio en este punto vamos a llevar a cabo un análisis de este delito.

En los apartados siguientes examinaremos el tipo penal y la jurisprudencia que lo interpreta y aplica, tanto de nuestros tribunales como de los tribunales europeos. Finalmente mencionaremos el conflicto que dimana de este delito y su juego con la libertad de expresión.

Antes de entrar en el análisis debemos señalar que el delito de negacionismo aparece tipificado en el artículo 510 del Código Penal exactamente recogido en el apartado 1 letra c, ubicado dentro de la Sección 1.^a, “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, del Capítulo IV, “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, del Título XXI, “Delitos contra la Constitución”, del Libro II del Código penal:

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

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

El artículo en sus siguientes apartados matiza las penas de este delito. En primer lugar, en el apartado 3 se especifica que se impondrán penas en su mitad superior cuando los hechos se hayan realizado por medio de comunicación o por medios tecnológicos. En segundo lugar, en el apartado 4 encontramos que se impondrán en su mitad superior, pudiéndose elevar a la pena superior en grado cuando *“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”*. En tercer lugar, en el apartado 5, se dispone que se impondrá además una pena de inhabilitación especial para profesiones educativas en los ámbitos docentes, deportivos y de tiempo libre y esta será por un tiempo superior entre tres y diez años a la pena de privación

de libertad. Finalmente, en el apartado 6 se dispone que el tribunal podrá acordar la destrucción, el borrado, la inutilización y la retirada de los soportes objeto del delito.

La previsión de este precepto responde a la trasposición en derecho penal español del artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. En concreto las letras c) y d) dicen lo siguiente:

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

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.”¹⁵

3.1. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

3.1.1. Bien jurídico protegido. Doctrina y Jurisprudencia

El bien jurídico protegido por el legislador con la regulación de esta conducta no es muy distinto de los demás bienes jurídicos que se protegen con los discursos del odio tipificados en ese mismo artículo. La búsqueda del bien jurídico no ha logrado que exista un acuerdo unánime en la doctrina, debido a que, al haber una conexión en nuestro ordenamiento entre el delito de discurso del odio y la libertad de expresión, una parte cree que es complicado

¹⁵ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Pág. 150.

encontrar un bien jurídico por vulnerar derechos constitucionales. Mientras que otra parte defiende que el bien jurídico principal es la no discriminación.¹⁶

En relación con la no discriminación, Rodríguez Yagüe sí que lo considera como bien jurídico. El delito de negacionismo pertenece a un grupo de delitos antidiscriminatorios que *“a modo de segundo círculo concéntrico que gira alrededor del bien jurídico protegido, otorgan su protección de manera prevalente sobre la dimensión colectiva y en los que, aunque presente, queda matizada sino difuminada la referencia al elemento individual.”* Para esta autora el legislador quiere tutelar la dimensión colectiva ya que sanciona *“la antesala de las conductas en sí de discriminación, puesto que se pretende impedir el asentamiento de ciertos comportamientos de esta naturaleza en la sociedad”*. El negacionismo intenta evitar una situación que favorezca un *“inminente y futuro régimen genocida en nuestro país”* que, es decir que, aunque no parece que hay un peligro actualmente a que esto suceda lo que se consigue también con la regulación de este delito es evitar el riesgo que puede llegar a existir por la expansión de estos discursos en el fortalecimiento de un ambiente de ataques, racismo o discriminación hacia ciertos colectivos.¹⁷

Han subrayado la dimensión colectiva del bien jurídico atacada Lorenzo Copello y Tapia Ballesteros. Para estas autoras el bien jurídico protegido encontraría una doble dimensión. Esto se fundamenta en que la discriminación no afecta solo al individuo que la sufre directamente, sino que esa acción contribuye al empeoramiento de la situación de las personas que se encuentran en la misma situación o que tienen las mismas características. A lo que lleva esta dimensión colectiva es a que nos encontremos dentro del ámbito de los bienes supra individuales haciendo que el consentimiento del sujeto directamente afectado carezca de eficacia.¹⁸

Sobre el derecho a no ser discriminado como bien jurídico protegido también debemos atender a las aclaraciones de Tapia Ballesteros. Según esta autora nos encontramos ante un bien jurídico complejo, existiendo una diferencia entre discriminación y desigualdad. Se entiende por discriminación *“el trato peyorativo, perjudicial, llevado a cabo a través de una norma jurídica, una medida, o una acción, de modo directo o indirecto, por parte de los Poderes Públicos o por un*

¹⁶ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Pág. 106

¹⁷ RODRIGUEZ YAGÜE, Cristina. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”. *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, 2003 N° 11. Pág. 12.

¹⁸ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Artículos 510 a 521 bis de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (dir) *Comentarios al Código penal*. 2a ed. Valladolid: Lex Nova, 2011. Página 1780.

*particular, con o sin intención, contra una persona perteneciente a un colectivo o minoría caracterizado por una serie de rasgos físicos ideológicos o sociales que les identifica como colectivo, y cuya situación es, en general de inferioridad”*¹⁹

Por otro lado, hay que destacar el planteamiento de Landa Gorostiza: el legislador “tutela las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables”; además, tras la reforma se ve reforzada esta tutela ya que se combina en un solo artículo el conjunto de discursos del odio y las prohibiciones relativas al genocidio y a los regímenes y prácticas que pudieran ampararlos. Pero es importante destacar dos matices que hace este autor, ya que es necesario esclarecer que la referencia que hace a los grupos vulnerables no implica que solo se deban proyectar sobre ellos, ya que cabe proyectarlos sobre otros colectivos que no sean vulnerables. Y el siguiente matiz es relativo a cómo debe entenderse la *seguridad existencial* que no solo implica “*la eventual afección de la integridad física o la vida sino otro tipo de derechos fundamentales*”. El quebrantamiento de la seguridad tiene varios niveles: en un sentido estricto, se tacan siendo la vida y la integridad física como derechos fundamentales puestos en peligro como *antesala de la violencia a gran escala*. Pero antes se encuentra y la restricción de derechos fundamentales a ciertos colectivos por parte de la sociedad produciendo el quebrantamiento del estatus jurídico de un ciudadano normal, afectando a la “*seguridad existencial del colectivo*.” El discurso del odio está basado en el enfrentamiento, buscando que determinados colectivos no gocen de sus derechos fundamentales haciendo de esta manera que no exista una convivencia en la sociedad democrática. En conexión con lo anterior, el bien jurídico como seguridad del colectivo debe entenderse dentro del contacto de un país y del momento histórico...

“En síntesis, el nuevo artículo 510 CP es un delito de peligro abstracto, peligro hipotético o posible, cuyo bien jurídico protegido se cifra en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables. Seguridad existencial que va más allá de la protección de conductas que pongan en peligro la vida o la integridad física de las personas pertenecientes al colectivo en cuestión y que puede alcanzar a constelaciones

¹⁹ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Artículo 510, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio María y FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo VI, Delitos contra la Constitución, el orden público, delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, delitos contra la Comunidad internacional: artículos 472-676 quater*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015. Página 182.

*de casos en los que el peligro generado afecta a las esferas de libertad de otros derechos fundamentales que se ven reducidas a escala grupal.”*²⁰

En un sentido parecido, como señala Turienzo Fernández que el tipo penal de negación del genocidio ha nacido para preservar un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual: intentando conseguir la seguridad de los grupos de población afectados por ejemplo en el Holocausto, se identifican con los ciudadanos judíos para preservar un clima de paz y de no hostilidad o violencia. *“Estaremos en presencia de un bien jurídico colectivo, según Roland Hefendhel, cuando “sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a cada individuo”*²¹

Para De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, el bien jurídico protegido tiene que superar una serie de obstáculos. En primer lugar, solo podemos oponernos al derecho de libertad de expresión con un bien jurídico que este a la altura y que pueda verse lesionado por ese ejercicio abusivo de la libertad de expresión. En segundo lugar, el bien jurídico debe tener un sustrato personalista e individual y ha de ser compatible con esa vocación abierta existente en el ordenamiento constitucional en relación con los derechos y las libertades. Y finalmente los bienes jurídicos protegidos deben respetar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que nosotros mencionaremos más adelante.

Cumplidos estos requisitos, son tres los bienes jurídicos los que podrían protegerse a través de la tipificación de los discursos del odio.

- El primero de ellos es la dignidad. La regulación de los discursos de odio a parte de tutelar la igualdad de los ciudadanos evita la creación un *“entorno social envenenado alternativo”*; la dignidad personal se une con el orden social, y el daño que se produce se colectiviza.
- En segundo lugar, se encuentra el honor. El problema que nos encontramos con este bien jurídico protegido es que quizás por sí solo no tenga la suficiente fuerza para oponerse a la libertad de expresión. Estos autores proponen *“entender el honor como la legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica, que le asiste en atención al modo personal de conducción y al plan de vida que haya elegido libremente, y a partir del cual (del reconocimiento) puede el individuo tomar parte en condiciones de paridad participativa en el contexto de las interacciones sociales y en el entorno comunicativo.”*

²⁰ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Los delitos de odio artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Páginas 57 a 63.

²¹ TURIENZO FERNANDEZ, Alejandro, “El delito de negación del holocausto”. *InDret* 1/2015, Página 11

El pleno reconocimiento del individuo contiene la aceptación positiva de las peculiaridades que forman la identidad del individuo, como son las relativas a la raza, la etnia, género u orientación sexual, convirtiéndose la lucha individual por este en una lucha social o colectiva. Y, por lo tanto, podemos decir que el Derecho del honor se colectiviza. “La ofensividad intrínseca y objetiva de estos discursos extremos y de odio se vincularía con las legítimas demandas de reconocimiento de los grupos, de tutela de su honor individual, pero en forma colectiva, como pertenecientes a un colectivo victimizado.”

- En tercer lugar, el bien jurídico de la igualdad y a no ser discriminado. El derecho a la igualdad en nuestro ordenamiento tiene un contenido jurídico frágil y por eso la penalización del discurso del odio se ha centrado en el derecho a no ser discriminado. La discriminación ataca el modelo de convivencia que aparece en nuestra constitución y nuestro Estado social y democrático de Derecho y por ello este bien jurídico protegido posee una dimensión colectiva como los anteriores.²²

Para comprender todas las propuestas que parten del derecho a la igualdad y a no ser discriminado, es necesario dotar de contenido a la “discriminación”. Para Lorenzo Copello, una de las características principales sería que la discriminación se produce por causas relacionadas con ciertos “*caracteres diferenciales de la víctima*” y que conducen a situaciones de rechazo social y marginación. Otra característica es que se trata de una conducta que implica un menosprecio y finalmente, debido a que esta discriminación produce un trato desigual hacia ciertos colectivos con caracteres diferenciales, se termina afectando a su dignidad personal. Se puede decir que el trato discriminatorio es “*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 de normalidad que se toma como punto de referencia.*” Por lo tanto, después de este análisis de la conducta de discriminación, el bien jurídico sería el “*el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás.*” Se trata de un bien jurídico protegido individual, aunque lo podamos encontrar lesionado a través de conductas dirigidas a un grupo. De acuerdo con otros autores, las conductas discriminatorias producen también efectos sobre la sociedad. Pero a diferencia de esos autores, Lorenzo no se centra la protección de la paz pública sino más bien en el modelo de convivencia plural y multicultural que es un pilar básico en nuestra Constitución²³.

²² DE PABLO SERRANO, Alejandro y TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”. *Revista la Ley Digital* núm. N° 8911, 2017 Páginas 1 a 5

²³ LAURENZO COPELLO, Patricia, “Marco de protección jurisdiccional del Derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”. *Cuadernos de derecho judicial*, n° 1 (1996), Páginas 228 a 237.

Los planteamientos doctrinales sobre el bien jurídico tutelado en el delito de negacionismo se mueven en las mismas coordenadas que las definiciones de ese bien efectuadas por la jurisprudencia española, en sus distintos niveles. El Tribunal Constitucional en la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, señala que aparte del honor, la dignidad humana debe tener una especial protección frente a la libertad de expresión. En ese mismo caso, en fases procesales anteriores al Tribunal Constitucional, en relación con el antiguo artículo 607.2, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en su planteamiento de inconstitucionalidad exponía que el bien jurídico se identifica con el interés en impedir la creación de un *«clima favorecedor de conductas discriminatorias»* ya que la provocación y la incitación a llevar a cabo conductas que dañen los Derechos Fundamentales ya aparecen reguladas como conductas delictivas en otros preceptos penales. Concretando, *“la Sala considera que el mencionado bien jurídico no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión.”* El Abogado del Estado en cambio creía necesario que este delito aparezca tipificado ya que con la negación o justificación del genocidio ya que se podía llegar a *“estimular resortes psicológico sociales”* e incluso llegar a crear un ambiente social que, como se demostró en el desarrollo de los hechos en la Alemania nazi, se comenzaría a través de la discriminación legal en el acceso a cargos públicos y profesiones, y seguiría con el estímulo de la emigración de parte de la población hasta extenderse a los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia 259/2011 (FD 1.8) añade que estas conductas son perseguibles cuando existe un problema real que afecte de forma grave a estos bienes jurídicos protegidos. *“Para 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, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege.”*

Llegados a este punto podemos decir que el legislador claramente con la regulación tanto de este delito como de otras formas de discursos de odio intenta proteger la dignidad de las personas evitando que se lleve a cabo una discriminación por pertenecer a algún tipo de colectivo. Pero además se está evitando que resurjan movimientos de odio que provocaron millones de muertes.

3.1.2. Tipo objetivo: elementos

En primer lugar, estamos ante un delictivo común en el que cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo. Podríamos añadir que atendiendo al momento consumativo estamos ante un delito instantáneo.

Según Teruel Lozano estamos ante un *delito de peligro concreto*, en el que se tipifican comportamientos como son la negación, la relativización y la apología de crímenes contra la humanidad. Además, Teruel Lozano introduce en el tipo objetivo *“la instigación o provocación a la realización de actos violentos o discriminatorios, que quedarían así integrados en un “clima de hostilidad”*²⁴

Existen seis figuras penales diferentes proyectándose en ellas diversos tipos cualificados y que Landa Gorostiza en su análisis típico del artículo 510 nos muestra. Además, los tipos básicos se dividen en dos bloques diferenciados, el primer bloque situado en el artículo 510.1 CP, prohíbe las conductas de incitación pública “grave” o delitos de incitación en sentido estricto extendiéndose dicha prohibición a comportamientos propios de la cadena de difusión de ese discurso de incitación y a la modalidad de incitación por medio de la apología de crímenes. En este bloque es donde situaríamos el delito de negacionismo; en concreto, hace referencia a la incitación mediante discursos que se articulan entorno a conductas de apología. Pero este autor resalta que *“su relevancia jurídico-penal debería alcanzarse cuando las conductas revisionistas, negacionistas o de grave trivialización alcancen una capacidad incitadora que pueda poner en peligro la seguridad existencial del colectivo.”* Mientras que el segundo bloque de tipos básicos, que encontramos en el apartado 2 del artículo, prohíbe los delitos menos graves, se trata de conductas injuriosas de matriz colectiva con una introducción de la cadena de difusión del discurso injurioso además de un tipo particular de injuria llevado a cabo por la apología de delitos xenófobos/discriminatorios.²⁵

Para Tapia Ballesteros se prevén dos tipos delictivos en este artículo 510. Interesándonos el recogido en el apartado primero que es la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia. La tipificación de la provocación solo se debe dar en los casos en los que los bienes jurídicos sean de especial importancia. Hay que aclarar que el odio es un sentimiento que por sí solo no conlleva ninguna conducta delictiva, pero si se materializa en actos de

²⁴ DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis. “German Manuel Teruel Lozano: La lucha contra el negacionismo: una peligrosa frontera, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 615 págs.”. *Revista de Estudios Políticos* 174, octubre/diciembre 2016, Páginas. 363-391

²⁵ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Los delitos de odio artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Páginas 63 a 80

discriminación o violentos el tipo será el de provocación a la discriminación o a la violencia y no al odio en sí mismo.²⁶

Con la derogación del artículo 607.2 la nueva previsión amplía el ámbito objetivo de la conducta de negación y se establecen matices de acuerdo con los requerimientos europeos. Como se establece en la DM de 2008 se lleva a cabo un adelantamiento de las barreras de protección al enlazarse la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio o, en general, contra la Comunidad Internacional cuando se favorezca un clima de violencia hostilidad, odio o discriminación y no cuando los actos inciten a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro de este. El matiz que los diferencia es relevante, ya que implica que se tipifique un “delito de clima”, sin ningún criterio que lo compense.”²⁷

Como hemos visto antes el legislador con la regulación de este artículo castiga a los que “*públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos [...] o enaltezcan a los autores*”. Muñoz Conde y López Peregrín exponen que los delitos contenidos en el artículo 510 recogen conductas provocadoras que motivan la discriminación de grupos y personas, son “*conductas que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva y que se castigan, aunque no se produzca ésta*”. El delito iría más allá de lo que se regula en el artículo 18 sobre el concepto de apología. Para estos autores la letra c) de este artículo contiene los actos de negar públicamente, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio, de lesa humanidad y también el enaltecimiento a sus autores, cuando se hubieran llevado a cabo por motivos racistas o discriminatorios contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada.

En relación con la conducta de negar, que como hemos visto fue discutida en la STC 235/2007, puede ser castigada cuando sea un medio mediante el cual se promueva y se favorezca un clima de odio, discriminación, violencia y hostilidad.

²⁶ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Artículos 510 a 521 bis de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (dir), *Comentarios al Código penal*. 2a ed. Valladolid: Lex Nova, 2011. Página 1780.

²⁷ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Artículo 510, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio María y FERNÁNDEZ RODERA. José Alberto *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo VI, Delitos contra la Constitución, el orden público, delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, delitos contra la Comunidad internacional: artículos 472-676 quater*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015. Páginas 188 y 189

Las conductas punibles que recoge el negacionismo según Fronza son tres. En primer lugar, encontramos la negación que se basa en cuestionar un acontecimiento histórico asegurando que este no tuvo lugar. En segundo lugar, la negación se manifestaría en la justificación de ese hecho histórico o también en la defensa de este. En tercer lugar, mediante la trivialización de ese hecho histórico, de manera que se relativice el daño producido, por ejemplo.²⁸ No obstante, lo anterior, Fronza dice que al tratarse de un delito de opinión el análisis es complejo. Las constituciones de los Estados y los documentos y convenios internacionales no pueden limitar la libertad de expresión e ideológica estableciendo delitos que repriman los pensamientos, aunque estos sean peligrosos, ya que estamos en un sistema jurídico democrático. *“En otras palabras, nadie puede ser perseguido penalmente por lo que es, dice o quiere, sino sólo por lo que hace”*²⁹

Bernal del Castillo nos ofrece un análisis sobre estas conductas que se recogen en el reformado artículo. Este autor, como Fronza, también ve claras tres conductas típicas en este delito. La conducta típica de negación deberá ser entendida en este caso como las opiniones que rechacen unos hechos históricos y que por esto suponga una ofensa a las víctimas de esos hechos, induciendo indirectamente a su rechazo. El legislador debería haber usado la expresión *“la conducta de justificación de un genocidio o de los otros delitos”* ya que describe mejor la actitud que se quiere tipificar.

Con referencia a la conducta de trivialización del genocidio, dice que se debe entender como una manera de justificación de los hechos y no como una *“negación edulcorada”*. Para evitar esto el legislador ha añadido que la trivialización sea grave y en su opinión *“permite valorar este tipo de afirmaciones como conductas que incorporan una actitud de desprecio o rechazo a las víctimas que puede llegar a fomentar una actitud de violencia u hostilidad hacia las personas que forman parte de ese grupo.”* El problema que existe con esta conducta de trivialización son las declaraciones que *“minimizan o banalizan”* los hechos.

Finalmente, pueden ser, según este autor, de dos tipos, las que se refieren a hechos genocidas o a otro tipo de delitos contra la humanidad como las que alaban a sus autores.³⁰

²⁸ GORDON BENITO, Iñigo. “La represión penal del negacionismo en el ordenamiento jurídico español claves y diagnóstico”. En AA.VV., *El negacionismo*. Gipuzkoa: Leitzaran Grafikak, 2019, Página 73.

²⁹ FRONZA, Emanuela, “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria.” *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, N° 5 (2011). Página 137

³⁰ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús “La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015” *InDret revista para el análisis del Derecho* 2/2016 Barcelona. Página 11

Existe una crítica hacia el legislador llevada a cabo por Portilla Contreras con referencia a la conducta de la trivialización: existe un abuso del legislador que no ha seguido la Decisión Marco, anteriormente vista, en tanto esta castiga solo la trivialización flagrante.³¹

3.1.3. Tipo subjetivo

Sobre el tipo subjetivo por un lado encontramos a Landa Gorostiza que establece que los tipos penales contenidos en el artículo 510 muestra elementos estructurales comunes que son los siguientes “la dinámica comisiva, se dirige contra un colectivo y se colorea por un elemento subjetivo, motivacional, que convierte a la dirección colectiva de la acción en un elemento buscado, intencional, que debería excluir el azar de provocar casualmente odio, violencia o discriminación mediante conductas temerarias o imprudentes.

El motivo del actuar confirma que la voluntad agresiva o de ataque del sujeto agente es una diana grupal aun cuando el vehículo pueda ser incluso una actuación dirigida a una persona concreta, pero, en este último caso extremo, siempre que el sujeto pasivo resulte destinatario de la acción como «representante», vicario, del grupo al cual la acción se conecta («contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél [grupo]»)

Sobre los tipos subjetivos Tapia Ballesteros nos habla de que se trata de un delito “necesariamente doloso.”

Es defendido por la mayoría de la doctrina que las causas de discriminación forman parte del tipo subjetivo y esto se debe a que es necesaria la intención de otorgar un trato despectivo a un sujeto por el hecho de tener ciertas características.

3.1.4. Agravantes

Como hemos visto anteriormente en los apartados 3 y 4 del artículo 510 aparecen los tipos agravados de este delito. La pena se deberá imponer en estos casos en su mitad superior y en el caso del apartado cuarto se puede elevar hasta la superior en grado.

Entran en juego cuando la conducta haya sido llevada a cabo por *medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información* porque de esta forma el número de personas al que llega la información es mayor. Y también cuando los hechos sean *idóneos*

³¹ Opinión de Portilla Contreras tomada de VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal*. 1a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Pág. 151

*para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.*³²

Es importante en este punto destacar el concepto de “paz pública” ya que se trata de un concepto difuso que fue incorporado en 2015 por el legislador. La autora Alastuey Dobón cree que con este concepto se produce una acentuación de la perspectiva supraindividual, de la que hemos hablado anteriormente, de protección de los grupos vulnerables.³³

3.2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El presente apartado tiene por objeto el análisis de la jurisprudencia española que ha sido importante en materia de los discursos del odio y el negacionismo. Las sentencias seleccionadas son importantes para el estudio de este delito, ya que llevan a cabo un análisis completo del delito y de las conductas punibles.

El análisis de estas sentencias se va a realizar de forma individualizada y luego se estudiará la decisión tomada y lo que ha supuesto esa decisión para nuestro ordenamiento y doctrina.

3.2.1. STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991

Los antecedentes y hechos en los que se basa sentencia son los siguientes:

La revista “Tiempo” correspondiente a la semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985 publicó un reportaje en el que se llevaban a cabo unas declaraciones por parte de don León Degrelle en las que se negaban y se ponían en duda los crímenes cometidos en los campos de concentración e incluso se llamaba mentirosas a las víctimas que lo sufrieron.

Ante estas declaraciones se formuló una demanda de protección civil del Derecho al honor amparándose en lo dispuesto en la Ley 62/1978 contra don León Degrelle autor de

³² TAPIA BALLESTEROS, Patricia. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Artículo 510, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio María y FERNÁNDEZ RODERA. José Alberto *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo VI, Delitos contra la Constitución, el orden público, delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, delitos contra la Comunidad internacional: artículos 472-676 quáter*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

Página 190

³³ALASTUEY DOBÓN, Carmen “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). Año 2016, núm. 18-14, Página 18

las declaraciones, además de contra don Juan Girón Roger, periodista y autor del reportaje publicado, y don Julián Lago, director de la revista.

En esta demanda se alega que esas declaraciones habían lesionado el honor ya que la actora estuvo en un campo de concentración donde murió, por orden del médico citado en las declaraciones llevadas a cabo, toda su familia y por llamar mentirosos a todas las víctimas de los crímenes cometidos en los campos de concentración.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid absolvió de la demanda a los demandados por falta de legitimación de la demandante ya que entendía el tribunal que ninguna de las expresiones se refería concretamente a ella. Además, también sentenció que las declaraciones de Degrelle se amparaban en la libertad de expresión.

Se interpuso un recurso de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid y esta desestimó el recurso porque *“las declaraciones denunciadas como intromisiones ilegítimas en el ámbito personal de la demandante, no pueden reputarse de tales porque no se refieren a expresiones o hechos personales que la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena.”*

Ante esta desestimación se interpuso un recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, este Tribunal también desestimó el recurso razonando que las declaraciones realizadas se pueden amparar por el Derecho de libre expresión y que el Derecho al honor es algo personal e intransferible y por esta razón la recurrente no se encuentra en una posición de legitimación activa.

La recurrente en esta situación interpone el presente recurso de amparo, se llevan a cabo todos los trámites procesales necesarios y por providencia de 5 de noviembre de 1991 se señaló el día para la deliberación y fallo de la presente Sentencia.

El Tribunal en los fundamentos jurídicos delibera sobre varios aspectos tratados por los tribunales anteriores y aclarando aspectos que han sido de vital importancia para futuras sentencias en esta materia.

El Tribunal Constitucional revisa la adecuación del juicio de ponderación entre los derechos del honor con el derecho de información y libertad de expresión, llevado a cabo por los anteriores jueces y tribunales y siendo este el núcleo principal del conflicto.

En primer lugar, se deben analizar los derechos que se deben ponderar. Para este tribunal el ejercicio del derecho de libertad de expresión al tratarse de la formulación de opiniones y creencias de carácter personal solamente se delimita 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. En este sentido, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión, no opera el límite interno de veracidad.”

El ejercicio del Derecho a la libertad de información o de comunicación informativa la protección constitucional únicamente se extiende a la información veraz.

En segundo lugar, se analiza el derecho al honor. Siendo este un derecho personalista, “*el honor es el valor referible a personas individualmente consideradas*” haciendo inadecuado referirse al honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado. Pero esto no se ha de atender en un sentido radical y es aquí donde el tribunal da un matiz que en este caso en concreto es necesario tenerlo en cuenta ya que “*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. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.*”

Analizado el alcance de los derechos implicados en el caso el Tribunal examina las declaraciones llevadas a cabo por el recurrido, alegando que se tratan de unas manifestaciones que poseen una connotación racista y antisemita interpretándose como una incitación antijudía independientemente de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos, atentando contra el derecho al honor de la recurrente y al de todas aquellas personas que sufrieron las atrocidades nazis.

También el Tribunal apunta que la libertad ideológica y la libertad de expresión no comprenden el Derecho a manifestar expresiones de carácter xenófobo o racista ya que no

existen derechos ilimitados y en este caso la dignidad humana como bien jurídico protegido no admite discriminación por razón de nacimiento, raza o sexo.

Por lo tanto, ni la libertad ideológica ni la de expresión amparan las *“manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”*.

Este Tribunal falló estimando el recurso de amparo, declarando nulas las anteriores sentencias y reconociendo el derecho de la recurrente al honor.

Formula el Magistrado don Fernando Garcia-Mon y Gonzalez-Regeral un voto particular y en el formula en definitiva que el fallo del tribunal *“debió de limitarse, como ya he dicho, a reconocer la legitimación activa de la demandante en el proceso judicial y, apreciando exclusivamente la infracción del art. 24.1 de la Constitución, determinar las consecuencias inherentes a tal vulneración.”*

-Análisis:

Destacamos de esta Sentencia el análisis que lleva a cabo del honor como un Derecho personalista pero que a la vez también se puede ver vulnerado cuando existan ataques a un colectivo perteneciendo la víctima a este.

El tribunal en esta sentencia también hace hincapié en que los derechos no son absolutos si no que contienen delimitaciones. Destacando el amparo por la libertad de expresión de aquellos datos que duden de los acontecimientos históricos, pero aquellos que sean ofensivos no estarán amparados *“se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos.”* (Fundamento Jurídico número 8)

Laurenzo Copello hace varias delaciones sobre esta sentencia en relación con que el Tribunal Constitucional establece en su jurisprudencia una estrecha relación entre la discriminación y la dignidad humana justificando de tal modo la intervención penal.

El caso de Violeta vino a sentenciar las bases para la incriminación de esas conductas puesto que en esta sentencia se ha considerado que las conductas de negación o banalización

de los hechos ocurridos en el Holocausto nazi implican una extralimitación de la libertad de expresión.³⁴

A esto último se le suma la opinión de Jorge Trias Sagnier que dice que las conductas que llevó a cabo León Degrelle ahora iba a tener una sanción penal grave. Y que no nos encontramos ante un artículo, en ese momento el artículo 607.2, que limite el derecho de la libertad de expresión, sino que es un artículo que está castigando el negacionismo.³⁵

3.2.2. STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007

Los antecedentes y hechos en los que se basa esta sentencia son los siguientes:

El 16 de noviembre de 1998 el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona condenó a don Pedro Varela Geis, titular y director de la librería Europa, porque con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva legislación penal él seguía distribuyendo materiales en los que de forma vejatoria se negaba la persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío en el periodo de la Segunda Guerra Mundial. Se le condeno por un delito continuado de genocidio regulado en el antiguo 607.2 del Código Penal.

Planteado el recurso de apelación la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una providencia para dar audiencia a las partes para que expresaran su opinión acerca de la conveniencia de plantear la cuestión de inconstitucional en relación con el artículo 607.2 y por otra providencia precisó que la cuestión de inconstitucional se refería con la posible incompatibilidad con el Derecho de libertad de expresión establecida en nuestra constitución.

Una de las partes del procedimiento interpuso el recurso de reforma argumentando que la cuestión de inconstitucionalidad se había planteado de forma prematura. Pero el órgano declaró que no hay lugar ha dicho recurso. Otra de las partes también volvió a plantear esto en un recurso de súplica, pero también fue desestimado.

Después de llevarse a cabo los tramites procesales se plantea la cuestión de inconstitucionalidad basada como hemos visto antes en el posible conflicto entre el artículo 607.2 y la libertad de expresión. El mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa.

³⁴ MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996. LAURENZO COPELLO, Patricia *Marco de protección jurisdiccional del Derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*. Páginas 221 y 260.

³⁵ TRIAS SAGNIER, Jorge “La negación del Holocausto: El caso de Violeta Fridman contra León Degrelle” *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)* ISSN-e 2340-4647, N°. 10, año 2017 Páginas 54 y 55

Según este Tribunal los Derechos que aparecen recogidos en el artículo 20.1 de la Constitución no solo expresan una libertad individual, sino que son conformadores del sistema político democrático.

Importante destacar en este punto que *“la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población.”*

Pero como hemos visto esto no quiere decir que la libertad de expresión y de la libre transmisión de ideas sea un derecho absoluto, situándose fuera la difusión de expresiones ofensivas, como aquellos que suponen una incitación racista. Por lo tanto, de este modo la dignidad humana actuaría como un límite al derecho de expresión.

Aclarados los anteriores conceptos el tribunal examina la cuestión de inconstitucionalidad confrontando el texto del artículo 607.2 y el precepto constitucional.

En primer lugar, el Tribunal examina la conducta de negación. La negación la entiende como un punto de vista sobre determinados hechos y que la mera difusión de conclusiones *sin emitir juicios de valor sobre los mismos* está afectando al derecho de libertad científica. No pudiéndose afirmar que la negación de conductas tipificadas como delito de genocidio persiga la creación de un clima de hostilidad, no siendo la negación un peligro para los bienes jurídicos protegidos.

En segundo lugar, en relación con la difusión de ideas que justifiquen el genocidio. Como se trata de un juicio de la expresión de un juicio de valor y tratándose de la peligrosidad de los delitos como el genocidio se permite que el legislador castigue la justificación pública, siendo necesaria la difusión pública de ideas.

Este Tribunal como hemos visto falla declarando inconstitucional la expresión “nieguen” y declarando constitucional el resto del precepto.

Pero esta sentencia tiene cuatro votos particulares de los cuales vamos a destacar lo más relevante.

El primero de don Roberto García-Calvo y Montiel. Este opina que se deberían haber declarado constitucionales ambos preceptos basándose en *“La difusión de ideas y 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.»

El segundo de don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez pone de manifiesto el riesgo de los grupos antipluralistas ya que no se limita hoy al antisemitismo sino que amenaza también a otras minorías y que en la sociedad en la que vivimos estas ideas de negación o trivialización deben ser castigadas para que ningún país europeo, en este caso ya que apoya su argumento en la Decisión Marco, se convierta en un refugio de estos grupos antipluralistas y que no vuelvan a repetir los errores del siglo XX.

En tercer lugar, don Ramon Rodríguez Arribas. No está conforme con la sentencia en dos puntos, el primero de ellos es que el negacionismo por sí mismo si produce un menosprecio a las víctimas y tampoco comparte la declaración que hace el tribunal sobre que es vulnerador de la libertad científica porque *“no se trata de castigar el resultado de la 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 a explicar hechos monstruosos de genocidio para romper la barrera de repugnancia social que impide su temible repetición.”*

En cuarto lugar, encontramos el voto de don Pascual Sala Sánchez. Destacamos la aclaración llevada a cabo sobre el precepto cuestionado referente a la negación ya que establece que lo que se *“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» (FJ 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.”*

-Análisis:

Esta sentencia destaca por el análisis del concepto de negación del antiguo artículo 607 del Código Penal y sorprende que actualmente tras la reforma el legislador haya mantenido el concepto de “negación”.

En esta sentencia se puede observar una interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia constitucional. Ya que se establece que la negación o justificación del genocidio sólo podrá ser castigada cuando represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Estableciéndose en su Fundamento Jurídico número 9, que los discursos negacionistas de graves crímenes en España se castigaran únicamente en dos supuestos: cuando sean una provocación a actos genocidas o también cuando puedan ser una provocación al odio, pero en este caso solo si reúne estos dos requisitos: primero que genere “*un peligro cierto de generar un clima violento y en segundo lugar que este peligro pueda concretarse en actos específicos de discriminación.*”³⁶

Por otro lado sí que apreció un “*elemento tendencial*” en la conducta de justificación ya que consideró legítimo su castigo siempre que fuera interpretado según estableció en su Fundamento Jurídico 9 “*que es bien como «incitación indirecta» a la perpetración de los crímenes de genocidio; o bien como una «suerte de provocación al odio hacia determinados grupos [...], de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»*”³⁷

En esta sentencia también podemos destacar la importancia que da el legislador a la libertad científica como un discurso protegido. Destacamos lo expuesto por el tribunal en el Fundamento Jurídico 4 “*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*”³⁸

Landa Gorostiza lleva a cabo un análisis de esta sentencia destacando los puntos más importantes que se analizan en esta sentencia. Como algunos les hemos mencionado anteriormente voy a destacar los que faltan:

³⁶ LibEx Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión. *Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes*. Director DOPICO GÓMEZ ALLER Jacobo; Coordinadores TERUEL LOZANO, Germán, DE PABLO SERRANO, Alejandro; miembros del equipo ALÁCER GUIRAO, Rafael DIEZ BUESO, Laura LANDA GOROSTIZA, Jon POMED SÁNCHEZ, Luis CUERDA ARNAU, María Luisa GORDON BENITO, Íñigo MARITO CALATAUD, Manuel y PRESNO LINERA, Miguel Á. visitada el 27/04/2021 a las 17.35 por última vez. <https://libex.es/negacionismo-genocidio-y-otros-graves-crimenes/>

³⁷ TERUEL LOZANO, German “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial” *Revista de Estudios Jurídicos* N° 17/2017 (Segunda Época)

³⁸ LibEx Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión. *Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes*. Director DOPICO GÓMEZ ALLER Jacobo; Coordinadores TERUEL LOZANO, Germán, DE PABLO SERRANO, Alejandro; miembros del equipo ALÁCER GUIRAO, Rafael DIEZ BUESO, Laura LANDA GOROSTIZA, Jon POMED SÁNCHEZ, Luis CUERDA ARNAU, María Luisa GORDON BENITO, Íñigo MARITO CALATAUD, Manuel y PRESNO LINERA, Miguel Á. visitada el 27/04/2021 a las 17.35 por última vez. <https://libex.es/negacionismo-genocidio-y-otros-graves-crimenes/>

Para él esta sentencia no solo consiste en la expulsión del ordenamiento penal del castigo de la negación del genocidio ya que implica consecuencias interpretativas para el conjunto de la normativa de protección antixenófoba y antidiscriminatoria, pero en especial para todos los delitos de propaganda en esta materia entre los que el artículo 510 CP, ocupa un lugar central.

En materia de libertad de expresión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución no están en un principio privadas de protección *“a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional.”*

En relación con el artículo 17 TEDH *El TC “busca un espacio propio de interpretación algo más flexible —y pro-libertad de expresión— rechazando el efecto «guillotina» del artículo 17 TEDH.”*³⁹

Como hemos visto no fue una sentencia unánime si no que varios Magistrados llevaron a cabo sus votos particulares. Coincidió especialmente con el voto particular de don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez existen actualmente muchos grupos antipluralistas en Europa con ideas muy radicales que están intentando poner en peligro la sociedad democrática y de derecho en la que vivimos y que de alguna manera hay que intentar que estas ideas, ya sean negacionistas o que justifiquen esos delitos, dejen de difundirse.

El Tribunal ha valorado de una forma en la que los límites de los Derechos de expresión y la mencionada libertad científica solo se pueden establecer cuando la situación o la acción es muy grave y creo que como he mencionado antes la proliferación de estas ideas simplemente y su negación ya genera peligro y menoscaba los derechos de ciertos colectivos.

3.2.3. STS 259/2011, de 12 de abril de 2011

Los antecedentes y hechos en los que se basa esta sentencia son los siguientes:

El acusado Eulalio era el propietario y administrador de la “Librería Kalki”. En este establecimiento y por medio de su página web y apartado de correos se vendían y distribuían publicaciones en las que se disculpaban los crímenes cometidos por el régimen de la Alemania nazi, además de la exaltación y justificación de este régimen. Se propugnaba además la reinstauración de estos regímenes totalitarios incitando a la eliminación del pueblo judío creando discriminación y odio.

³⁹ LANDA GOROSTIZA, Jonh Mirena *Los delitos de odio artículos 510 y 22.4º CP 1995* 1a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Páginas 50 a 57.

El acusado tenía plena conciencia de lo que estaba distribuyendo y tenía esa voluntad de generar una opinión favorable al nazismo.

Junto fue el miembro y delegado en Cataluña de la asociación de Circulo de Estudios Indioeuropeos.

El acusado Álvaro fue el miembro fundador y el presidente-director del Circulo de Estudios Indioeuropeos. En esta se publicaban artículos que incitaban al odio por medio de la banalización del genocidio judío, de la consideración de razas inferiores y por medio de la justificación y exaltación de regímenes fascistas y totalitarios.

El acusado Mario fue miembro también del Circulo de Estudios Indioeuropeos. Es el autor de varios artículos entre los que se encuentran los escritos para la revista La Voz del Pueblo perteneciente al Círculo de Estudios Indioeuropeos.

En estos artículos el autor incitaba a la discriminación mediante la marginación de ciertos grupos sociales. Se basaba en la supremacía de una raza para justificar los regímenes totalitarios y el exterminio de las demás razas.

El acusado Valentín era administrador de la editorial Ediciones Nueva República que distribuía a la Librería Kalki. A través de esta editorial publicaba y distribuía publicaciones en las que se lanzaban mensajes racistas que tenían como finalidad la marginación de ciertos grupos. También exaltaba y justificaba los regímenes fascistas totalitarios como los anteriores acusados.

El caso cuando llegó a la Audiencia Provincial de Barcelona esta decidió condenar a Álvaro, a Mario y a Eulalio por lo siguiente *“autor de un delito de difusión de ideas genocidas, de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución y de un delito de asociación ilícita, precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los dos primeros y con la concurrencia en el tercer delito de la circunstancia atenuante de disminución de los efectos del delito”*

Y a Valentín *“por ser criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de difusión de ideas genocidas y de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”*

Notificada esta resolución se interpusieron por los condenados los recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional y también por quebrantamiento de forma.

Cada uno de los recursos tuvo diversos motivos de casación. Las partes recurridas y el Ministerio fiscal se opusieron a dichos motivos de casación.

Eulalio niega la comisión de tal delito por una parte declarando que no está comprobado que él estuviera de acuerdo con el contenido de los libros que vendía y por otra parte se ampara en el derecho de la libre expresión. Mario por su parte también niega la comisión del delito que se le acusa. Declara que en sus artículos no existen incitaciones al odio, ni recriminación de los crímenes nazis y tampoco la vuelta de los regímenes totalitarios. Valentín alega que no existe una conducta de difusión peligrosa y que no se cumple la exigencia de que sea una incitación directa. Álvaro sostiene que no se cumplen las exigencias contenidas en la doctrina del Tribunal Constitucional y que no existe una provocación como incitación directa, que es lo mismo que alegaba Valentín.

La protección del Honor por el Código Penal no solo sanciona el delito de genocidio, sino que también sanciona la provocación al genocidio, a la discriminación, a la violencia y al odio junto con la difusión de estas ideas que lo justifiquen.

Para comprender la decisión de este tribunal es importante tomar una serie de ideas que este tribunal define y establece sobre los delitos que han sido acusados y que acabamos de nombrar.

Por un lado, la provocación, se trata de una incitación directa y debe estar encaminada a la ejecución de hechos dotados de concreción que permitan su calificación como delito y que pueda darse la discriminación, el odio y la violencia hacia ciertos grupos.

Por otro lado, el tribunal por difundir entiende que consiste en “*trasladar, hacer saber, propagar, divulgar, descubrir o comunicar algo a terceros.*” La difusión puede llevarse a cabo de forma pública o privada y por cualquier medio.

Y por justificar este tribunal puede llevarse a cabo también mediante una “*negación de los aspectos éticamente rechazables de la conducta*” y también por la trivialización de estos. Por ejemplo, cuando se produce la justificación de un genocidio “*se niega al tiempo la existencia de razones procedentes de la consideración de la dignidad de las víctimas que impidiera tal justificación, lo que implica un juicio negativo, despreciativo y minusvalorador sobre las mismas.*”

Todas estas conductas, como alegan los acusados chocan con los derechos reconocidos en nuestra constitución como son el Derecho a la libertad ideológica y el derecho de expresión.

En relación con el derecho de expresión se señala que, aunque estas ideas no sean compartidas por la mayoría de los historiadores, ni tengan interés, no por ello dejan de ser opiniones protegidas por este derecho.

Este tribunal señala que obviamente nuestra constitución no prohíbe las ideologías y que esta tolera todo tipo de ideas, pero lo que no se encuentra amparado en nuestra constitución es que en el desarrollo de esa ideología se vulneren otros derechos constitucionales.

Aunque en los hechos probados si exista una difusión de ideas de contenido discriminatorio y excluyente para ciertos grupos, que es favorable al régimen nazi se interpreta que no se produce una provocación o incitación directa a la discriminación, a la violencia ni al odio. Y se establece que no puede afirmarse que a través de la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio mediante la edición, distribución o venta de artículos y libros se constituya una incitación indirecta a la comisión de esos delitos ni que se cree un clima de hostilidad.

El tribunal alega que la mera distribución o venta de los ejemplares que se mencionan en la sentencia no supone por si misma un acto de difusión de esas ideas si no que únicamente se trata de poner soportes documentales a disposición de los usuarios.

Para terminar con este apartado y antes de proceder al análisis veo conveniente hacer una referencia al voto particular de Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta.

Este magistrado está en desacuerdo con la sentencia en el sentido de que para él la conducta típica es cuando se produce la acción difusora de expresiones justificadoras de genocidios, que intenten la vuelta de regímenes o instituciones o que el mensaje que se difunde incite a la discriminación, la violencia o el odio a ciertos grupos de la población.

Estas conductas no pueden ser justificadas en el ejercicio de la libertad de expresión ya que su contenido supone una provocación, ya sea directa o indirecta. Se tratan de expresiones enmarcadas en ese discurso de odio porque estas van más allá de ser un idea u opinión ya que están incitando con ellas el odio.

- Análisis

Es muy interesante esta sentencia por todo lo que se analiza en ella.

En esta sentencia vemos como la anterior regulación penal a la reforma de 2015 deja impune los actos cometidos. Hemos visto como el tribunal entiende que los hechos que se han presentados probados no tienen el suficiente nivel delictivo y que según lo dispuesto en

el artículo 607.2 del Código Penal. No se pueden considerar una provocación o incitación directa a la discriminación ni tampoco se puede afirmar que la difusión sea una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de dicho delito.⁴⁰

Particularmente después de ver todo lo que los acusados llevaron a cabo coincido con el voto particular del magistrado ya que creo que ellos sabían perfectamente que estaban difundiendo. Si que es cierto que la mera difusión no hace que se produzca los actos por ejemplo de genocidio, pero sí que produce un cierto clima de odio que puede desembocar en situaciones de racismo, por ejemplo.

3.3. JURISPRUDENCIA EUROPEA

En el análisis de estas sentencias vamos a ver en primer lugar su iter procesal, luego también vamos a señalar los preceptos tenidos en cuenta por el Tribunal y lo más importante que haya sentenciado.

3.3.1. STEDH de 15 de octubre de 2015, Perinçek c. Suiza

Doğu Perinçek participó en unas conferencias en las que negó públicamente que el Imperio Otomano hubiera cometido un genocidio contra el pueblo armenio en el año 1915 y en los años siguientes.

Debido a estas declaraciones la asociación Suiza-Armenia denunció al Doğu Perinçek y el Tribunal de Policía del distrito de Lausana lo declaró culpable en virtud del apartado 4 del artículo 261 bis del Código Penal suizo. El tribunal alegó que el Doğu Perinçek se movía por motivaciones tipo racista.

Doğu Perinçek entonces interpuso un recurso contra la dicha resolución, recurso que fue rechazado por la Corte de Casación Penal del tribunal del cantón de Vaud y por ello también interpuso un recurso penal ante el Tribunal Federal. Pero este Tribunal lo rechazó.

⁴⁰ RODRÍGUEZ FERRANDEZ, Samuel, “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva tras la reforma penal de 2015”. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), págs. 204

Tras esta decisión Doğu Perinçek apela al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y este en primera instancia establece a tenor del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que se ha violado el derecho a la libertad de expresión del demandado.

Suiza tras esta decisión decide apelar el fallo y finalmente la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos confirma que Suiza violó el derecho de libertad de expresión de Doğu Perinçek.

Tras la lectura de esta sentencia podemos ver como la libertad de expresión de un político está por encima de los derechos de los miembros del pueblo armenio. Pero no en todas las sentencias se ha dado esta prevalencia como es el caso de Féret c. Bélgica, en el que prevaleció los derechos de los extranjeros.⁴¹

En los párrafos 226 y siguientes de esta sentencia el tribunal explica los elementos que se deben *considerar para valorar si una restricción de la libertad de expresión en relación con este tipo de discursos era necesaria en una sociedad democrática.*⁴²

En relación con lo que acabamos de Gascón Cuenca explica los ocho estándares que este Tribunal utiliza en su juicio de ponderación de los derechos planteados son los siguientes:

- *La naturaleza de las afirmaciones de Doğu Perinçek*, este tribunal alega que las declaraciones llevadas a cabo se deben enmarcar dentro del contexto político y que no pueden entenderse como una incitación al odio ya que no expreso desprecio hacia las víctimas.
- *El contexto en el que se produce la limitación del derecho a la libertad de expresión.* Tenemos que atender a la diferenciación que lleva a cabo el TEDH entre el Holocausto del genocidio armenio. Ya que se afirma que *“esto es particularmente relevante respecto del Holocausto. Para el Tribunal, la justificación para criminalizar su negación se justifica no tanto en que el Holocausto es un hecho histórico verificado, sino bajo el prisma del contexto histórico de los*

⁴¹ ROCA, María J. “Límites a la Libertad de Expresión de los políticos y abuso de Derecho. Los casos Féret c. Bélgica y Perinçek c. Suiza. *Revista de Derecho Político*. N.º 109, septiembre-diciembre 2020, págs. 345-370

⁴² *LibEx Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión. Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes.* Director DOPICO GÓMEZ ALLER Jacobo; Coordinadores TERUEL LOZANO, Germán, DE PABLO SERRANO, Alejandro; miembros del equipo ALÁCER GUIRAO, Rafael DIEZ BUESO, Laura LANDA GOROSTIZA, Jon POMED SÁNCHEZ, Luis CUERDA ARNAU, María Luisa GORDON BENITO, Íñigo MARITO CALATAUD, Manuel y PRESNO LINERA, Miguel Á. visitada el 27/04/2021 a las 17.35 por última vez. <https://libex.es/negacionismo-genocidio-y-otros-graves-crimenes/>

Estados concernidos [...] Su negación, incluso si se viste como una investigación histórica imparcial, debe ser observada de forma invariable como una ideología antidemocrática y antisemita”

- *El alcance que tuvieron las afirmaciones de Perinçek en la posible lesión de derechos de los miembros de la comunidad armenia.* El tribunal alega que la simple declaración de que el genocidio armenio fue una invención de las potencias imperialistas no se puede entender que fuera tan hiriente para necesitar la intervención del Derecho penal.
- *La existencia de una falta de consenso entre los Estados Miembros de la CEDH.* El Tribunal alega que no existe un acuerdo sobre la criminalización de la negación de los crímenes nazis y de los crímenes cometidos por el comunismo como un argumento a favor de la no penalización si esta negación no incluye incitación al odio.
- *La obligatoriedad de prohibir la negación de los delitos de genocidio de acuerdo con la legislación internacional.* El Tribunal alega que Suiza no ha ratificado ningún convenio o tratado internacional que le obligue a legislar este delito dentro de su Código Penal.
- *La metodología empleada por los tribunales suizos para justificar la condena de Perinçek.* El TEDH determina que la técnica jurídica utilizada para declarar que los hechos ocurridos en 1917 como genocidio es defectuosa basándose en que no aclara si el castigo a Perinçek fue por “no estar de acuerdo con la calificación legal adscrita a los eventos de 1915 y años posteriores o con la visión mayoritaria de la sociedad suiza sobre este asunto” si el castigo y la condena se deben a la segunda situación declara que cualquier persona debe tener derecho a expresarse libremente aunque ese pensamiento no sea el que tiene la mayoría de la sociedad.
- *La severidad de la interferencia en los derechos de Perinçek.* Se declara que el ius puniendi se debe limitar a aquellos supuestos graves y extremos diferenciándose de la jurisprudencia que ha mantenido el TEDH que en ningún momento ha afirmado este extremo sobre las conductas que niegan el Holocausto.
- *La ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de Perinçek y el derecho al respeto a la vida privada de los armenios.* El tribunal lleva a cabo un juicio de ponderación estableciendo que las afirmaciones llevadas a cabo se pueden considerar de interés

público y que no se consideraban un llamamiento al odio o la intolerancia y no se puede declarar que afectan a la dignidad de la comunidad armenia.

Este autor concluye estableciendo que *“esta sentencia es un claro ejemplo de la problemática que suscita la protección por parte de los Estados de verdades oficiales que pretenden evitar discursos que sostienen ideas sobre hechos históricos traumáticos que, por muy deleznable, tergiversadas o peregrinas que sean, basadas en datos obtenidos de forma pseudocientífica, que únicamente buscan fabricar una verdad preconcebida, prescindiendo de cualquier hechos probados y notorios. Estas conductas negacionistas no deberían prohibidas, al contrario, deberían formar parte del debate público, para así poder evidenciar y rechazar de forma común sus resultados, y las consecuencias para sus autores deberían ser la expulsión de la academia, y no el castigo penal.”*⁴³

3.3.2. STEDH de 23 de septiembre de 1998, Lehideux e Isorni c. Francia.

He seleccionado esta sentencia porque en ella se plantea por el Tribunal la libertad científica del historiador en relación con estos delitos. También el TEDH ha tomado esta sentencia en consideración a la hora de fundamentar jurídicamente otros casos como por ejemplo el siguiente que analizaremos (STEDH de 24 de junio de 2003, Garaudy v. France)

Los demandantes, Marie-François Lehideux y Jacques Isorni eran ciudadanos franceses. El primero de ellos fue ministro en el gobierno del mariscal Pétain y el segundo fue el encargado de oficio de la defensa del mariscal Pétain ante el Alto Tribunal de Justicia

Redactado por los dos demandantes y por el Sr. M en 1984, el periódico *Le Monde* publicó un texto cuyo título era “Franceses, tenéis muy mala memoria”, seguido por la mención, en caracteres pequeños y en cursiva “Philippe Pétain, 17 de junio de 1941” el texto terminaba con una invitación para escribir a la Asociación en defensa de la memoria del mariscal Pétain y a la Asociación nacional Pétain-Verdún. Estaba dividido en varias secciones, cada una de las cuales comenzaba por las palabras, en grandes caracteres en mayúsculas “Franceses, tenéis muy mala memoria, si habéis olvidado...”, recordando, en afirmaciones sucesivas, las principales etapas de la vida pública de Philippe Pétain de 1916 a 1945, cuyas actuaciones se presentaban como totalmente positivas.

⁴³ GASCÓN CUENCA, Andrés, “La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza”. *Anuario de Filosofía del derecho*, 2018 (XXXIV). Páginas 177-198.

En ese mismo año la Asociación nacional de antiguos combatientes de la Resistencia presentó una demanda alegando la apología de crímenes o delitos de colaboración con el enemigo.

En 1985, el Fiscal de la República solicitó una declaración de “no ha lugar” basándose en que la infracción reclamada no estaba demostrada, pero el juez de instrucción mandó a los demandados en ese momento ante el Tribunal Correccional. Pero este dictó sentencia en 1986 absolviéndoles. Los demandantes acudieron a la apelación, pero el Tribunal de Apelación de París en 1987 declaró la nulidad del procedimiento, pero el Tribunal de casación considero en 1988 que el Tribunal de apelación había llevado a cabo una aplicación inexacta y devolvió el caso a las partes ante el tribunal.

Finalmente, este tribunal en 1990 declaró que si se cumplían los tres elementos constitutivos de la infracción de apología de los crímenes o delitos de colaboración. Después de este fallo los demandantes M.M y M.L recurrieron en casación denunciando una condena por delito de opinión, contraria, en su opinión, al artículo 10 del Convenio. Pero en 1993, el Tribunal de casación rechazó los recursos.

La demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos fue aceptada en 1996 y después de intentar un acuerdo amistoso se sometió el caso al Tribunal en 1997.

El TEDH considero que no procedía aplicar el artículo 17 y que se había producido una violación del artículo 10 considerando innecesaria en una sociedad democrática la condena penal. Hay que señalar que existen opiniones discrepantes con esta resolución.

El tribunal considera que no le corresponde arbitrar sobre una cuestión relacionada con un debate que continua vivo entre historiadores. *“Por este motivo, escapa a la categoría de los hechos históricos claramente establecidos -como por ejemplo el Holocausto- cuya negación o revisión quedaría sustraída por el artículo 17 a la protección del artículo 10.”*

El Tribunal reitera que entiende de forma amplia la libertad de expresión y que en este caso no se trataba de la justificación de una política pro-nazi puesto que los autores se separan de ella, haciendo un enaltecimiento del hombre y no de la política que llevó a cabo.

Importante destacar como en esta sentencia se tiene en cuenta que cuando se trata de la apología de sucesos ocurridos y existe una larga distancia temporal entre la apología y los

sucesos, no se puede tener en cuenta con la misma severidad ya que el impacto social que se produce es menor atendiendo al principio de proporcionalidad.⁴⁴

Gascón Cuenca establece que la relevancia de esta sentencia está en la concreción por parte del tribunal del estándar que protege el debate sobre temas de actualidad entre historiadores que ayudan al desarrollo de la sociedad.⁴⁵

3.3.3. STEDH de 24 de junio de 2003, Garaudy v. France

En esta sentencia se ve con claridad como el Tribunal pondera la lucha existente entre el delito que estamos analizando y el derecho a la libertad de expresión.

El demandado en esta sentencia es Roger Garaudy. Era un político, filósofo y escritor francés.

En el año 1995 escribió el libro *“los mitos fundacionales de la política israelí.”* En el año 1996 se presentaron denuncias penales contra el autor por negar crímenes de lesa humanidad y publicar declaraciones que son difamatorias e incitan a la violencia y al odio religiosos y raciales. Hubo cinco procedimientos en los que se dieron decisiones diferentes que considero importantes ya que se ve el contraste de decisiones que existieron durante el caso.

En la primera serie de procedimientos en los que se le acusaba de complicidad en la negación de crímenes de lesa humanidad. En primer lugar, fueron absueltos por los jueces de instrucción del Tribunal de Grande Instance de París debido a que el fiscal no presentó suficientes pruebas.

El demandante solicitó al tribunal que remitiera una cuestión prejudicial al Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la compatibilidad del artículo artículo 24 bis de la Ley de 29 de julio de 1881 con el Convenio Europeo de Derechos Humanos concretamente con el artículo 10 con la finalidad de señalar que el Convenio era directamente aplicable en Francia.

El tribunal de Apelación de París anuló la sentencia del Tribunal de Grande Instance de París y condeno al demandante. Este tribunal sostuvo que a tenor del artículo 6 del Estatuto

⁴⁴ GOMIS FONTS, Andrés, JURADO CEPAS, Juan y RIPOLLÈS PELLICER, Miriam “Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH” *Clinica Jurídica per la Justícia Social* ISSN 2386-9860

⁴⁵ GASCON CUENCA, Andrés “La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza” *AFD*, 2018 (XXXIV), Institut de Drets Humans Pàgina 182

del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual define los crímenes de lesa humanidad, se habían establecido los elementos constitutivos del delito de negar los crímenes de lesa humanidad y también que el elemento de la publicación se había dado porque el libro si pagabas una suscripción lo podías adquirir y por tanto era público. Este tribunal también examinó la cuestión prejudicial que hemos mencionado anteriormente y confirmo que era compatible con dicha disposición. El tribunal declaro que se habían formulado en esos escritos los elementos constitutivos del delito de negar crímenes de lesa humanidad.

Ante esto el demandante interpuso un recurso de casación ya que el sostenía que su negación de crímenes de lesa humanidad en el sentido de que como su libro era una obra *políticamente polémica* carente de propósitos racistas el artículo 24 bis de la Ley de 29 de julio de 1881 no entraba en el ámbito de las excepciones autorizadas por el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este recurso se desestimó porque se motivó que los jueces habían valorado adecuadamente la importancia y el valor de los comentarios.

En la segunda serie de procedimientos y en la tercera serie de procedimientos se volvieron a presentar contra el demandante acusaciones por la negación de crímenes contra la humanidad. El Tribunal de Grande Instance de París declaró al demandante culpable. El Tribunal de apelaciones confirmó dicha sentencia. Al igual que la anterior serie de procedimientos el demandante interpuso un recurso de casación el cual fue desestimado por los mismos motivos.

En la cuarta serie el Tribunal de Grande Instance de París también se declaró culpable al demandante y el Tribunal de Apelación de París confirmó dicha sentencia. Destacar que este tribunal establece que el objetivo del libro es la descripción de los mitos fundacionales que se presentan como *distorsiones deliberadas de la historia* con el fin de legalizar los actos de violencia poniendo en peligro la unidad y paz mundial. Esto perjudicaba gravemente a la comunidad judía. El demandante interpuso un recurso de casación contra esta sentencia y este desestimo el recurso.

El quinto procedimiento el demandante también fue sometido ante el Tribunal de Grande Instance de París. Este tribunal por un lado lo absolvió del delito de incitación a la discriminación racial, el odio o la violencia pero por otro lado fue condenado por difamar públicamente a la comunidad judía. El Tribunal de Apelación de París anuló la absolución del demandante y confirmó la condena que se le había interpuesto. Se interpuso un recurso de casación por el demandante el cual fue desestimado.

Todos estos procedimientos tienen una serie de circunstancias comunes que son que las solicitudes de acumulación del procedimiento y un aumento de la pena en apelación.

El demandante en esta instancia sostuvo que por parte de los tribunales franceses había habido una violación de su derecho a la libertad de expresión que aparece garantizado en el artículo 10 del Convenio. Este alega que no se ha entendido la idea principal de su trabajo ya que el no negaba los crímenes que los nazis produjeron contra los judíos, sino que su objetivo era criticar las políticas de Israel.

La Corte señala en cuanto a la libertad de expresión que, aunque existe reiterada jurisprudencia que ha consagrado el carácter fundamental de este derecho también se han establecido límites y *“no se puede permitir que la justificación de una política pronazí goce de la protección otorgada en virtud del artículo 10”*

Se establece que negar estos hechos históricos constituye una amenaza para el orden público violando los derechos de los demás y socavando los valores en los que se basa la lucha contra el racismo.

Finalmente, el Tribunal de Justicia por unanimidad declara inadmisibles los recursos presentados.

Creo que todos los procedimientos llevados a cabo justifican y motivan correctamente que en este caso debe prevalecer el derecho de las víctimas y que la libertad de expresión no siempre ampara ciertos comportamientos cuando estos dañan a ciertos colectivos.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y NEGACIONISMO

Después de llevar a cabo el análisis jurisprudencial se ve la complejidad de este delito, ya que entra en juego el derecho fundamental de la libertad de expresión y de opinión que aparece consagrado en la Constitución Española en el artículo 20.1. En este punto se van a abordar unas pinceladas sobre el conflicto existente entre el negacionismo y el derecho a la libertad de expresión.

La confrontación del delito negacionismo y la libertad de expresión surge porque los que llevan a cabo esos discursos alegan que se trata de su derecho a expresarse y opinar. Además, también se puede reforzar amparándose en la libertad ideológica como se establece en la STC 214/1991, de 11 de noviembre. Mientras que por otro lado las víctimas alegan que llevar a cabo un discurso negacionista, por ejemplo, de la negación de lo ocurrido en un genocidio, vulnera su dignidad y honor.

Actualmente, en las redes sociales o medios de comunicación, por ejemplo, encontramos muchísimos mensajes de odio camuflados en opiniones, y nos pueden surgir dudas de hasta donde deben ser tolerados esos mensajes ya que limitar la libertad de expresión también trae consigo que las personas vean limitados sus derechos fundamentales, además de afectar a las bases de la sociedad democrática. ¿Están justificadas todas las opiniones? ¿La libertad de expresión encuentra límites en este tipo de discursos?

Para evitar que estos discursos generen un clima de odio que pueda desembocar en situaciones y actos más graves nuestros tribunales establecen un límite a la libertad de expresión, pero no de forma totalmente clara. Inicialmente en nuestro ordenamiento constitucional los discursos negacionistas quedarán protegidos por el ámbito de la libertad de expresión ⁴⁶ pero los tribunales podrán variar su motivación dependiendo de la forma en la que se lleve a cabo ese mensaje o de la forma en la que aparezca expresado.

Thus establece que el límite se encuentra en el respeto a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación y al respeto al derecho a la memoria. ⁴⁷ En esta línea coincido con la opinión de esta autora ya que creo que dentro de los discursos de odio el negacionismo es

⁴⁶ TERUEL LOZANO, Germán: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal” InDret Revista para el análisis del derecho. 4/2015. Barcelona, octubre 2015. Página 13.

⁴⁷ THUS, Valeria “Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. SSN 0328-5642. e-ISSN 2718-7063. Año 18, N° 2. Noviembre de 2020. Página 41

uno de los que más ataca a la dignidad y honor de las víctimas. Creo que la forma de expresar estas ideas y opiniones hace la libertad de expresión encuentre un límite, con el único fin de mantener un clima que no este envenado de odio.

Concordando con esta idea encontramos a Resina que establece que si alguien relativiza con facilidad las barbaridades ocurridas en el Holocausto nazi hace que cualquier tipo de negacionismo sea posible.⁴⁸

Por otro lado, Gordón Benito con una visión más europea establece que cada vez queda menos espacio al ámbito de la libertad de expresión.⁴⁹

Como se ha mencionado al principio se trata de un conflicto complejo que recoge muchas opiniones. Para finalizar con este apartado es interesante la conclusión que llevó a cabo Reinaldo Vanossi, que establece que en caso de colisionar debe prevalecer el causante de menos daño.⁵⁰

⁴⁸ Opinión de Resina, Joan Ramón tomada de GORDON BENITO, Iñigo. “La represión penal del negacionismo en el ordenamiento jurídico español claves y diagnóstico”. En AA.VV., *El negacionismo*. Gipuzkoa: Leitzaran Grafikak, 2019, Página 85.

⁴⁹ GORDON BENITO, Iñigo. “La represión penal del negacionismo en el ordenamiento jurídico español claves y diagnóstico”. En AA.VV., *El negacionismo*. Gipuzkoa: Leitzaran Grafikak, 2019, Página 85

⁵⁰ REINALDO VANOSSO, Jorge “La criminalización del “negacionismo” frente a la libertad de expresión: un tremedal derecho” *Pensamiento Constitucional* Número 19, 2014 Página 159.

5. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL

El Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común ha presentado una Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión, en la que se produciría una modificación de algunos artículos de dicha Ley Orgánica entre los que se encuentra el artículo 510 del Código Penal.

Los motivos que tiene el Grupo Parlamentario para esta reforma es que la libertad de expresión ocupa un lugar eminente en todos los textos legales, tanto en nuestra Constitución como en los textos internacionales. Las limitaciones a este Derecho deben estar muy justificadas ya que si no se restringe la libre participación de la ciudadanía.

En los últimos años, alegan, la jurisprudencia constitucional está restringiendo el Derecho a la libertad de expresión mediante dos vías, por un lado, por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 marzo, de protección de la seguridad ciudadana ya que se trata de forma silenciosa y discreta de disuadir del ejercicio del derecho fundamental a la manifestación. Por otro lado, a través de artículos del Código Penal en los que se establecen como delitos conductas como enviar mensajes a través de las redes sociales, cantar rap... Algunos de estos artículos están obsoletos y no adaptados a una democracia desarrollada y otros tienen ambigüedades como el de “enaltecimiento al terrorismo”.

En relación con el artículo 510, motivan que el concepto de discurso de odio aparece como desnaturalizado llegando al punto de identificar el odio como un sentimiento punible. Se requiere una redacción clara en la que se determine cual es la conducta punible y que se haga compatible con el ejercicio del derecho de libertad de expresión.

Se propone una revisión de la penalidad de estas conductas. Se suprimiría el término de incitación pública “indirecta” por incitación directa. Solo se castigarían las conductas especialmente graves en los que se puede encontrar la difusión del discurso del odio siempre que sea una incitación directa a la violencia. Por tanto, que la conducta a castigar debe de ser una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados, discriminadores, odiosos o violentos contra estos colectivos vulnerables.

A parte de lo que acabamos de exponer el Grupo Parlamentario propone una modificación de la pena impuesta en el apartado 1 que pasaría a ser una pena de prisión de

seis meses a un año de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad de quince a treinta días frente a la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

También una modificación de la pena impuesta en el apartado dos que quedaría como una pena de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a veinte días frente a lo que se establecía de pena que era de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a doce meses.

Se suprimiría la agravación por el uso de internet y, por lo tanto, los apartados 3 y 4 que antes eran los agravantes ahora quedarían así:

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

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

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

En relación con el negacionismo y revisionismo del genocidio establecen que estas acciones deberían ser castigadas a tenor de lo establecido en las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la discriminación racial que es “cuando constituyan claramente una incitación a la violencia o al odio”.

Por otro lado, encontramos la propuesta de profunda reforma del Grupo de Estudios de Política Criminal que aborda una revisión de todos los delitos de expresión del Código Penal.

El motivo de la propuesta de reforma que lleva a cabo este Grupo es que, para ellos, la actual regulación de estos delitos ha primado la seguridad pública por encima de las libertades personales. La libertad de expresión puede ser limitada como cualquier otro derecho, pero

deben precisarse con exactitud sus límites ya que esta debe tener un núcleo esencial, siendo este el que corresponde a la configuración del pluralismo político en una democracia.

Proponen que la intervención penal se debe guiar por los siguientes principios: intervención mínima, legalidad y taxatividad, lesividad y materialidad de la acción y finalmente, la proporcionalidad. Se deben despenalizar o modificar los delitos de expresión que no superen el test de estos principios.

El problema que encuentran en la regulación de estos delitos es que la técnica legislativa llevada a cabo no es la más conveniente, que los bienes jurídicos protegidos aparecen difuminados y que los elementos están vacíos de contenido y todo esto hace que tengamos una jurisprudencia que no es uniforme, como hemos visto anteriormente.

La propuesta concreta que hace este Grupo del artículo 510.1 c) la lleva a cabo juntamente con la del artículo 510.2.b) y quedaría así:

“Artículo 510.2

“Quienes justifiquen públicamente los delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, de daños, de genocidio y de lesa humanidad o enaltezcan a sus autores, cometidos contra grupos vulnerables o sus miembros por motivos discriminatorios, siempre que por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito y genere un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos, serán castigados con una pena de 1 a 3 años de privación de libertad. En el caso de que el delito a cuya comisión se incite tuviera prevista una pena de igual o inferior gravedad, se impondría esta rebajada en un grado”.

Con esta regulación se busca una “interpretación estricta” tanto de la “justificación de los delitos” como del “enaltecimiento de sus autores”. Debe existir una capacidad para incitar a la comisión del delito.

Como vemos también se ha eliminado la mención de la negación y la trivialización de los delitos cometidos ya que no se pueden aceptar como suficientes para incitar públicamente a que se lleven a cabo esos delitos.⁵¹

⁵¹ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión* Tirant lo blanch. ISBN: 978-84-1313-513-7. V-741-2019

6. CONCLUSIONES

Tras el análisis de este delito y de su jurisprudencia podemos llevar a cabo varias conclusiones.

En nuestros días nos encontramos ante un blanqueamiento de los discursos de odio en los medios de comunicación y redes sociales generando un clima de odio que desemboca en actos de violencia física.

Por ello la regulación de estos discursos y en concreto del delito de negacionismo está presente en nuestro ordenamiento y también aparece regulado en el ámbito internacional debido a su importancia.

Como se ha visto se trata de un delito confuso en el sentido de que no tiene un concepto claro y la doctrina no coincide del todo en el bien jurídico protegido principal. Se trata de un delito de peligro concreto, en el que se castigan comportamientos como son la negación, la relativización y la apología de crímenes contra la humanidad.

Los sujetos que llevan a cabo este delito se escudan en que sus mensajes negacionistas están amparados en la libertad de expresión regulada en nuestra Constitución. Como se ha visto esta confrontación es analizada tanto por los tribunales, nacionales e internacionales, como por la doctrina no llegando a un consenso claro.

La propuesta de reforma presentada nos puede llegar a hacer cuestionar si puede la sociedad eliminar estos discursos de odio de otra forma que no sea mediante una vía de castigo penal ya que en ella se plantea la reducción de penas.

En mi opinión creo que, tanto el negacionismo como el resto de los discursos de odio, provienen de un problema de raíz que es la educación de la sociedad. La sociedad necesita ser instruida en ser más crítica y empática. Más crítica en el sentido de que posiblemente muchos de los autores de estos delitos no hayan contrastado la información que defienden dejándose llevar por aquellos que generan odio con sus discursos para conseguir poder, por ejemplo.

Empática en el sentido de la necesidad de educar con una base de valores y haciendo que se respete a todas las personas no discriminando su forma de ser.

Pero creo que la vía penal también es necesaria para poder castigar estos delitos, que no deben quedar impunes cuando la dignidad y el honor de la víctima se sienten atacados y dañados de forma grave.

7. BIBLIOGRAFÍA

DE PABLO SERRANO, Alejandro y TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”. *Revista la Ley Digital* núm. N° 8911, 2017

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis. “German Manuel Teruel Lozano: La lucha contra el negacionismo: una peligrosa frontera, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 615 págs.”. *Revista de Estudios Políticos* 174, octubre/diciembre 2016.

FRONZA, Emanuela, “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a época, N° 5 (2011)

GAMBERINI, Alessandro, “Protección de la memoria y derecho penal: una reflexión sistemática y comparativa del delito de negacionismo [notas sobre Emanuela Fronza «El negacionismo como reato» (El negacionismo como delito), Giuffrè, 2012]” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, N.º 11 (enero de 2014)

GASCÓN CUENCA, Andrés, “La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza”. *Annuario de Filosofía del derecho*, 2018 (XXXIV)

GOMIS FONTS, Andrés, JURADO CEPAS, Juan y RIPOLLÈS PELLICER, Miriam “Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH” *Clínica Jurídica per la Justícia Social* ISSN 2386-9860

GORDON BENITO, Iñigo. “La represión penal del negacionismo en el ordenamiento jurídico español claves y diagnóstico”. En AA.VV., *El negacionismo*. Gipuzkoa: Leitzaran Grafikak, 2019

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión* Tirant lo blanch. ISBN: 978-84-1313-513-7. V-741-2019

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Los delitos de odio artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “Marco de protección jurisdiccional del Derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”. *Cuadernos de derecho judicial*, nº 1 (1996)

MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996. LAURENZO COPELLO, Patricia *Marco de protección jurisdiccional del Derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*

MUÑOZ CONDE, Francisco, y LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. *Derecho penal. Parte especial*. 21ª ed. Rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

REINALDO VANOSSI, Jorge “La criminalización del “negacionismo” frente a la libertad de expresión: un tremedal derecho” *Pensamiento Constitucional* Número 19, 2014

ROCA, María J. “Límites a la Libertad de Expresión de los políticos y abuso de Derecho. Los casos Féret c. Bélgica y Perinçek c. Suiza. *Revista de Derecho Político*. N.º 109, septiembre-diciembre 2020

RODRIGUEZ YAGÜE, Cristina. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”. *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, 2003 N° 11

TAPIA BALLESTEROS, Patricia

- Artículos 510 a 521 bis de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (dir), *Comentarios al Código penal*. 2a ed. Valladolid: Lex Nova, 2011.
- De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Artículo 510, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio María y FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo VI, Delitos contra la Constitución, el orden público, delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, delitos contra la Comunidad internacional: artículos 472-676 quáter*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

TERUEL LOZANO, Germán:

- *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*. Online:
<https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/38929>

- “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial” *Revista de Estudios Jurídicos* N° 17/2017 (Segunda Época)
- “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal” *InDret Revista para el análisis del derecho*. 4/2015. Barcelona, octubre 2015.

THUS, Valeria “Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. SSN 0328-5642. e-ISSN 2718-7063. Año 18, N° 2. Noviembre de 2020.

TURIENZO FERNANDEZ, Alejandro, “El delito de negación del holocausto”. *InDret* 1/2015, Páginas XXX

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El discurso del odio análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018

LibEx Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión. Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes. Director DOPICO GÓMEZ ALLER Jacobo; Coordinadores TERUEL LOZANO, Germán, DE PABLO SERRANO, Alejandro; miembros del equipo ALÁCER GUIRAO, Rafael DIEZ BUESO, Laura LANDA GOROSTIZA, Jon POMED SÁNCHEZ, Luis CUERDA ARNAU, María Luisa GORDON BENITO, Íñigo MARITO CALATAUD, Manuel y PRESNO LINERA, Miguel Á.. <https://libex.es/negacionismo-genocidio-y-otros-graves-crimenes/>

8. ANEXO JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional:

- STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991
- STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007

Tribunal Supremo:

- STS 259/2011, de 12 de abril de 2011

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos:

- STEDH de 23 de septiembre de 1998, Lehideux e Isorni c. Francia
- STEDH de 24 de junio de 2003, Garaudy v. France
- STEDH de 15 de octubre de 2015, Perinçek c. Suiza