

STC 235/2007, de 7 de noviembre, sobre LIBRE EXPRESIÓN

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152-2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto al artículo 607, párrafo segundo, del Código penal. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha de 29 de septiembre de 2000 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio del Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona por medio del cual se remitía el Auto de la Sección Tercera de dicha Audiencia de 14 de septiembre de 2000 por el que se planteaba la presente cuestión de inconstitucionalidad. En el mencionado oficio se señalaba que el testimonio remitido correspondía a las actuaciones practicadas con posterioridad al dictado por este Tribunal del ATC 24/2000, de 18 de enero, indicándose que el resto de las mismas se encontraba ya en este Tribunal Constitucional desde julio de 1999 al haberse incorporado a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3074-1999, inadmitida por el citado ATC 24/2000 por razón de no haber sido planteada en el momento procesal oportuno.

2. Los antecedentes de la cuestión, según resulta del Auto de planteamiento y de la documentación adjunta, son los siguientes:

a) Con fecha de 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal núm.. 3 de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba a don Pedro Varela Geis.

La Sentencia contiene, entre otros, los siguientes hechos probados: "el acusado Pedro Varela Geiss, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa ... ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la

raza judía, considerandolos seres inferiores a los que se debe exterminar como 'a las ratas'; "en la citada librería se vendían también publicaciones relativas a Arte, Historia y Mitología religiosa, pero su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del holocausto judío. El público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia como método de resolución de conflictos. Dichas publicaciones y material estaban a la venta al público y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países. La librería Europa figuraba en toda la correspondencia remitida y recibida como editora y distribuidora del material comercializado". Junto a ello se recogen algunos extractos de los contenidos de algunos de los libros ocupados negando el genocidio o justificando el mismo, o bien con afirmaciones incitando al exterminio.

El Juzgado condena al acusado, don Pedro Varela Geiss, como autor responsable de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 CP, a la pena de dos años de prisión con sus correspondientes accesorias y costas. Asimismo le condena también como autor responsable de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP), a la pena de tres años de prisión y multa por tiempo de doce meses a razón de una cuota diaria de 2.000 pesetas, asimismo con sus correspondientes accesorias y costas.

b) Presentado recurso de apelación contra la anterior resolución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó, sin mediar ninguna otra actuación salvo la de admisión a trámite del recurso, una providencia de fecha 30 de abril de 1999 en la que acordaba dar audiencia a las partes personadas a fin de que expresaran su opinión acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 607.2 CP, cuyo texto es el siguiente: "La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines] tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años". Por otra providencia de fecha 7 de mayo de 1999, el órgano judicial de apelación precisó que la duda de constitucionalidad se refería a la posible incompatibilidad del referido precepto con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE.

c) Contra la mencionada providencia de 30 de abril de 2006 interpuso recurso de reforma una de las partes personadas en el procedimiento (la Asociación Atid-SOS Racisme Catalunya) argumentando que la Audiencia Provincial había infringido lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al plantear la cuestión de inconstitucionalidad en forma prematura, dado que el recurso de apelación no estaba aún concluso para Sentencia. Por providencia de 6 de mayo de 1999, el órgano judicial de apelación declaró no haber lugar a dicho recurso.

d) Una vez abierto el trámite de alegaciones sobre la eventual inconstitucionalidad del art. 607.2 CP, una de las partes personadas como apelada (la Comunidad Israelita de Barcelona) planteó, en el mismo escrito de alegaciones, recurso de súplica contra las mencionadas providencias de fechas 30 de abril y 7 de mayo de 1999 por razón de que no era el momento procesal adecuado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto antes debía resolverse acerca de la petición de recibimiento del recurso a prueba y de celebración de vista oral del mismo. A dicho recurso de súplica se adhirieron el Ministerio Fiscal -que ya antes había presentado un escrito en ese mismo sentido que el órgano judicial no tramitó como recurso al considerar

que formalmente no lo era- y la Asociación Atid-SOS Racisme. Dicho recurso fue desestimado por Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo de 1999, por entender dicho órgano judicial que el momento de planteamiento de la cuestión era adecuado al estar los autos conclusos y pendientes de Sentencia. Seguidamente, la Sala dictó, con fecha de 9 de junio de 1999, el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que fue registrada en este Tribunal con el núm. 3074-1999 e inadmitida a trámite por Auto del Pleno 24/2000, de 18 de enero.

e) Recibida comunicación del ATC 24/2004, la Audiencia Provincial acordó, por Auto de 14 de febrero de 2000, la práctica de diversas pruebas documentales solicitadas por el apelante al tiempo que señalaba fecha para la celebración de la vista oral. Contra esta última resolución promovieron incidente de nulidad de actuaciones Atid y SOS Racisme Catalunya por razón de la indefensión que afirmaban provocada por la admisión de unas pruebas que anteriormente habían sido denegadas en forma implícita por el Auto de la Sala de 9 de junio de 1999, así como por el silencio que el órgano judicial seguía manteniendo acerca de las propuestas por estas partes apeladas quienes, por otra parte, instaban también la abstención de una Magistrada componente de la Sala por entender que había perdido su imparcialidad objetiva respecto del objeto de la causa. De otro lado, el representante de la Comunidad Israelita de Barcelona solicitó a la Audiencia que le comunicara la resolución por la que se había levantado la suspensión del proceso, acordada con ocasión del planteamiento de la frustrada cuestión de inconstitucionalidad resuelta por el ATC 24/2004.

f) Por providencia de fecha 24 de febrero de 2000, la Sala inadmitió el incidente de abstención promovido por SOS Racisme, que entonces planteó un incidente de recusación por las mismas causas. Mediante otra providencia de esa misma fecha, se contestaba en relación con lo interesado por la Comunidad Israelita de Barcelona que el alzamiento de la suspensión del procedimiento era la consecuencia obligada del ATC 24/2000 que figuraba unido a la causa. Finalmente, por Auto de 6 de marzo de 2000 fue desestimado el incidente de nulidad de actuaciones y, por una providencia de fecha 7 de marzo de 2000, la Sala estimó en cambio la recusación interesada acordando el cambio de Ponente, ordenando la suspensión de la celebración de vista oral y tramitando la recusación en pieza separada, siendo la misma desestimada por Auto de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2000.

g) Tras las anteriores actuaciones, la Sala dictó una providencia, de fecha 30 de junio de 2000, en la que señalaba el día y la hora de celebración de la vista oral. Celebrado dicho acto, con fecha de 14 de julio de 2000 dictó una nueva providencia por la que declaraba la causa vista para Sentencia y acordaba abrir de nuevo el trámite previsto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional dando audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que se pronunciaran sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 607.2 CP por razón de su posible colisión con el art. 20.1 CE. Tanto la Comunidad Israelita de Barcelona como Atid y SOS Racisme Catalunya se opusieron al planteamiento de la cuestión, mientras que el condenado en instancia manifestó que lo consideraba pertinente no constando, por otra parte, que el Ministerio Fiscal presentara en este trámite alegación alguna.

h) Por Auto de 14 de septiembre de 2000, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona planteó la presente cuestión de inconstitucionalidad en los términos que seguidamente se exponen.

3.. El órgano judicial proponente realiza en primer lugar en el precitado Auto, de contenido similar al dictado con fecha de 9 de junio de 1999 con ocasión de su anterior intento de

planteamiento de idéntica cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, el pertinente juicio de aplicabilidad del art. 607.2 CP a los hechos enjuiciados, situando al propio tiempo dicho precepto en su contexto sistemático en relación con otros preceptos penales conexos (en particular, con los arts. 510, 515.5, 519 y 615 CP), pasando a continuación a desarrollar el juicio de relevancia de su duda de constitucionalidad principalmente en los fundamentos de Derecho 4 y 5 del Auto de referencia.

El fundamento de tal duda reside en la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión (reconocido en el art. 20.1 CE) del delito contenido en el art. 607.2 CP, consistente en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas. A este respecto, razona la Sala que el art. 607.2 CP constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que de la apología del delito ofrece el art. 18 CP ni, en consecuencia, sanciona la apología de los delitos de genocidio ni tampoco la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código penal (arts. 510, 515.5, 519 y 615 CP). La conducta sancionada por el art. 607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, conducta que coincide con la que dio lugar a la condena en instancia del Sr. Varela Geis por tener una librería especializada en la venta de determinados libros y demás medios de difusión de ideas e información relativos a la negación y justificación del genocidio judío por el régimen nacionalsocialista durante la segunda guerra mundial.

Definida en estos términos la conducta tipificada en el art. 607.2 CP, el órgano judicial proponente considera que resulta evidente el conflicto entre esta norma penal, que sanciona la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, y el derecho a la libertad de expresión constitucionalmente consagrado. Si bien reconoce que, ciertamente, el legislador puede elegir el bien jurídico que estima necesitado de protección penal, opina que en este caso el subyacente al mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un "clima favorecedor de conductas discriminatorias" ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales. Así concretado, 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.

4. Por providencia de fecha 31 de octubre de 2000, la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 607.2 CP por presunta vulneración del art. 20.2 CE, así como, de conformidad con lo establecido en el art. 37.2 de su Ley Orgánica, dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en un plazo improrrogable de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular cuantas alegaciones estimasen convenientes.

5. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 15 de noviembre de 2000, la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara el día 13 de noviembre de ese mismo mes y año en el sentido de no personarse en el presente procedimiento ni formular alegaciones, poniendo a disposición de este Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiese precisar por remisión a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General.

6. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 24 de noviembre de 2000, la Presidenta del Senado comunicó a este Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara de 14 de noviembre de 2000 por el que se solicitaba que se la tuviera por personada en el presente procedimiento de inconstitucionalidad, a cuyos efectos ofrecía su colaboración de conformidad con lo establecido en el art. 88.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

7. Por escrito también de fecha 24 de noviembre de 2000 el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, compareció en el proceso oponiéndose a la cuestión de inconstitucionalidad promovida sobre la base de las siguientes alegaciones:

A través de una compleja argumentación, considera en primer lugar que todo el razonamiento desarrollado en el tercero de los fundamentos jurídicos del Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, relativo a las relaciones entre el precepto cuestionado y otros preceptos del Código penal que dan cobertura a bienes jurídicos de similar naturaleza al protegido por el art. 607.2 CP, no constituye sino una explicación dirigida a justificar por qué, a juicio del órgano judicial proponente, este último precepto deviene inútil por superfluo al venir los bienes jurídicos que con él se pretenden proteger ya suficientemente protegidos por esas otras normas penales. De manera que no se estaría juzgando la compatibilidad entre el precepto cuestionado y la Constitución sino entre éste y una serie de normas penales ordinarias. De ello extrae el Abogado del Estado la conclusión de que dicho fundamento jurídico tercero no contiene una fundamentación útil para el planteamiento de cuestión alguna de incompatibilidad entre el art. 607.2 CP y el art. 20.1 CE.

Por el contrario, y siempre a juicio del Abogado del Estado, en el fundamento jurídico cuarto del Auto de planteamiento de la cuestión se señalan no ya las similitudes existentes entre el precepto cuestionado y esas otras normas penales sino sus diferencias, razonándose, en función de dicha diversidad, acerca de la imposible extensión analógica de estas últimas a la norma cuestionada; operación que, en opinión del Abogado del Estado, no plantearía los problemas que sugiere el órgano judicial proponente pues no se trataría de que la extensión analógica al art. 607.2 de los elementos definidores de la apología presentes en las conductas descritas en esos otros preceptos viniera a ampliar la esfera de lo punible definida en el mencionado precepto sino, por el contrario, de restringirla mediante la incorporación de tales elementos.

Del examen de los citados fundamentos jurídicos tercero y cuarto extrae el Abogado del Estado la conclusión de que en ellos se abordan sucesivamente dos operaciones de signo contrario, ya que mientras que en el primero se asimilan las conductas descritas en el art. 607.2 CP a otras figuras delictivas con la finalidad última de resaltar la carencia de finalidad y utilidad propias del referido precepto, en el segundo se aprecian las singularidades presentes en el mismo frente al conjunto de los restantes tomados como punto de comparación pero, en lugar de rectificarse su asimilación a estos últimos, se mantiene su identidad esencial. La consecuencia es, a su juicio, muy simple: se objeta la validez de la norma cuestionada por no adaptarse al esquema sistemático común extraído del examen de esos otros preceptos. Juegan, pues, "desigualmente" la igualdad y la diversidad, ambas "in malam partem" frente a la norma enjuiciada; la igualdad para negar la significación y la utilidad misma del art. 607.2 CP; la diversidad para negar su validez por faltarle los requisitos que deberían integrarlo según la pauta de una previa equiparación de sus fines con los perseguidos por otros preceptos penales. Del mismo modo, la analogía desempeña también un desigual papel en este juego de identidades y diversidades: se echa mano de ella para juzgar los objetivos y razón de ser legal del precepto, pero seguidamente se abandona por entender que esa misma operación analógica debe proscribirse por razones de legalidad.

En cualquier caso, recuerda el Abogado del Estado que, con independencia de las utilidades que del mismo quepa extraer, con lo que verdaderamente guarda relación el art. 607.2 CP es con los delitos de especialísima gravedad relacionados en su apartado primero, esto es, con los agrupados bajo la rúbrica genérica de "delitos de genocidio". Recuerda, asimismo, que en el citado precepto no se sanciona una única conducta delictiva sino dos: de un lado, la consistente en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los indicados delitos de genocidio; de otro lado, la consistente en pretender la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de tales delitos.. La primera de dichas conductas podría, a su vez, bifurcarse en dos distintas modalidades, la de simplemente negar la existencia de los delitos de genocidio y la de justificar tales delitos. Pues bien, a su modo de ver, el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad no especifica a cuál de dichas conductas se refieren sus dudas respecto de la compatibilidad con el art. 20.1 CE, por lo que carece de concreción respecto de la identificación del objeto específico de dichas dudas al no asociar la conducta enjuiciada con alguna de las modalidades de conducta previstas en el precepto penal cuestionado..

Reconoce, sin embargo, el Abogado del Estado que el órgano judicial proponente de la cuestión sí que ha explicitado los motivos de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al sugerir que están ausentes en el art. 607.2 CP los elementos integrantes de la apología definida como forma de provocación por el art. 18 CP, al no exigirse en el primero de dichos preceptos que las conductas por él sancionadas "ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor" ni que "constituyan una incitación a la comisión de un delito". A su juicio, la referencia a la omisión de tales requisitos no sólo no es lo suficientemente expresiva como para suplir la inconcreción objetiva de la cuestión planteada, pues seguiría sin especificar a qué modalidad delictiva se refiere en concreto abarcando en su planteamiento a todas ellas, sino que además la presencia de tales elementos sería por su propia naturaleza inadaptable a alguna de dichas modalidades. Según expone, no se acierta a comprender por qué estaría justificada la punición del comportamiento consistente en enaltecer al autor de un crimen de genocidio y no, en cambio, la consistente en negar o justificar un crimen de genocidio o en rehabilitar a los regímenes o instituciones que amparan prácticas generadoras de delitos de genocidio, ya que no ha de olvidarse que mientras que la negación o justificación de un delito comprende siempre la de su autor, no sucede lo propio a la inversa.

Por lo que se refiere al juicio de peligro relativo a las conductas de referencia contenido en el fundamento jurídico quinto del Auto de planteamiento, admite el Abogado del Estado que tiene razón el órgano judicial proponente cuando afirma que la tipificación de una conducta como delito exige que, cuando menos, ponga en peligro, aunque sea de naturaleza abstracta, el bien jurídico que con dicha tipificación se pretende proteger. Discrepa, en cambio, de la conclusión obtenida por la Audiencia Provincial de Barcelona respecto de la innecesariedad del precepto cuestionado para proteger los derechos fundamentales de las minorías que identifica como objeto de la norma penal en él contenido, puesto que dicho bien jurídico ya estaría suficientemente protegido por otros tipos delictivos.

Para el Abogado del Estado, hay en este razonamiento dos premisas difícilmente aceptables: de un lado, la reducción inadecuada del fin de la norma; de otro lado, la predicación de su carácter abstracto o "difuso". A su entender, el Auto limita inadecuadamente la finalidad perseguida por el legislador penal con la tipificación de las conductas de referencia ya que, si bien es cierto que alguna de esas modalidades delictivas parece perseguir la protección de ciertas minorías étnicas o acaso la evitación del daño moral representado por la rememoración laudatoria de los sucesos históricos de los que aquéllas fueron víctimas, dicha finalidad no es la que ni principal ni

exclusivamente persigue el art. 607.2 CP, sino "una finalidad protectora general de la sociedad", de manera que no cabe ver en las minorías étnicas las únicas víctimas potenciales de los indicados delitos, sino también en las mayorías "o, más exactamente, en la sociedad en su conjunto". Lo que le conduce a afirmar que, frente al reduccionismo del Auto de planteamiento de la cuestión, debe reconocerse en el art. 607.2 CP "tanto una medida de defensa legítima de la minorías, como del propio orden constitucional".

Por lo que se refiere al reproche relativo a la vaguedad o carácter difuso del tipo penal contenido en el mencionado precepto, considera el Ministerio Fiscal que tal idea no es sino una consecuencia de la indebida reducción de su alcance por el órgano judicial proponente al no valorar directamente lo que dice su texto sino en relación con otros preceptos distintos, lo que le lleva a afirmar que lo único que queda como objeto de protección es la creación de "un clima favorecedor de conductas discriminatorias" (FJ 5 del Auto de planteamiento). Frente a ello, estima el Abogado del Estado que los tipos penales descritos en el art. 607.2 CP no pueden ser interpretados como protectores únicamente de ese vaporoso "resto", ya que la conducta en ellos sancionada, consistente en la negación o justificación de delitos de asesinato, o de agresiones sexuales, o de traslados forzosos de poblaciones, o de esterilizaciones, o las pretensiones rehabilitadoras de los regímenes que amparen dichos delitos no son leves perturbaciones de la igualdad jurídica ni su punición responde a un modesto propósito de evitar discriminaciones ocasionales. A su juicio, se trata por el contrario de impedir con ellos la realización de "acciones que el legislador ha valorado como causas de impulso directísimo a la perpetración de graves delitos que dañan a los intereses más esenciales de la convivencia humana"; y esa conexión causal entre la exposición divulgadora de ciertas doctrinas o ideas y los crímenes más abyectos no le parece al Abogado del Estado "un capricho ocasional o repentino del legislador, ni una presunción irrazonable o excesiva, sino el producto de unas dolorosas experiencias históricas".

Finalmente, se ocupa el Abogado del Estado de la incidencia que, según lo expuesto en el fundamento jurídico quinto del Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, tiene el precepto cuestionado en el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE, coincidiendo con el órgano judicial proponente en las premisas de que a este respecto arranca, pero no así en lo tocante a las conclusiones derivadas de las mismas.

En contra de lo que, a su modo de ver, considera la Audiencia Provincial de Barcelona "meras opiniones sobre los hechos históricos" que estarían cubiertas, aún siendo erróneas o falsas, por el art. 20.1 CE, recuerda el Abogado del Estado que la difusión de ideas y doctrinas criminalizada por el art. 607.2 CP tiene como punto de referencia a los delitos de genocidio, esto es, que lo que en dicho precepto se sanciona no es la simple propagación de ideas o doctrinas simplemente adversas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, ni la pura negación de hechos como el exterminio de judíos por el régimen nazi, sino la negación o justificación de que tales hechos fueran constitutivos de un delito de genocidio. Lo que en consecuencia ha de plantearse es si el art. 20.4 CE permite limitar la difusión de ese tipo de ideas o doctrinas por medio del uso del instrumento penal.

Desde el punto de vista del Abogado del Estado, "profesar ideas y doctrinas que nieguen que el genocidio sea delito, o que justifiquen el delito ... no constituye un acto de ejercicio del derecho fundamental a opinar libremente" dado que, frente a lo que se afirma en el Auto de planteamiento, tal comportamiento resulta peligroso -al menos en abstracto- para el bien jurídico protegido toda vez que con ello podría llegarse a "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 profesiones, sigue con el estímulo de la emigración de parte de la población, y se extiende e intensifica en todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia". Por ello concluye que no cabe negar frontalmente, como parece hacer el órgano judicial proponente de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la peligrosidad de esas acciones que el legislador ha juzgado peligrosas y, por consiguiente, punibles.

8. Por escrito de fecha 27 de noviembre de 2000, el Fiscal General del Estado compareció en el presente proceso solicitando a este Tribunal que desestimase la presente cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el art. 607.2 CP no es contrario al derecho reconocido en el art. 20.1 CE.

Comienza el Fiscal General del Estado por señalar que, con carácter previo al análisis de las dudas de constitucionalidad planteadas por el órgano judicial proponente, resulta necesario establecer, a la vista de los hechos declarados probados por el juzgador de instancia, cuál de las distintas modalidades típicas contenidas en el art. 607.2 CP sería de aplicación en el caso de autos pues es evidente que, de estimarse que sólo una de ellas habría sido cometida en el supuesto de referencia, las mencionadas dudas de inconstitucionalidad no podrían extenderse a las restantes toda vez que ello excedería el ámbito propio de la cuestión de inconstitucionalidad al carecer de uno de los presupuestos de admisibilidad determinante del juicio de relevancia. Pues bien: tanto de los hechos declarados probados en la Sentencia dictada por el Juez de lo Penal como del propio Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad deduce el Fiscal General del Estado que el análisis de dicha cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a la primera de las modalidades típicas sancionadas por el citado precepto penal, esto es, a la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio.

Tras recordar que tanto en el marco convencional como en el Derecho comparado no sólo se sancionan conductas que atentan directamente contra grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos sino también comportamientos que tiendan a fomentar y a instigar la comisión de dichos crímenes, entre los que sitúa los relacionados en el art. 607.2 CP, afirma el Fiscal General del Estado que, frente a lo que opina un sector de la doctrina penal, no cabe definir las modalidades delictivas tipificadas en el mencionado precepto como "apología del genocidio", ya que las mismas no participan de los rasgos que, de conformidad con lo establecido en el art. 18 CP, definen el concepto de apología como forma de comisión de un delito.

En su opinión, el hecho de que legislador penal español haya extendido en el art. 607.2 CP la protección penal a conductas que no vienen contempladas en el Convenio de 1948 sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, ya que el mismo se limita a señalar que habrán de castigarse, además de los propios de delitos de genocidio, cualquier acto consistente en "la instigación directa y pública a cometer genocidio", es lo que ha motivado que el referido sector doctrinal sostenga que ha de interpretarse el precepto cuestionado como una modalidad de apología del genocidio pues de otra manera podría resultar contrario al derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE. No comparte, sin embargo, ese punto de vista toda vez que no sólo ello no se desprende del tenor literal del art. 607.2 CP sino que la apología del genocidio está específicamente sancionada en el art. 615 CP con penas más severas. Cree, en consecuencia, el Ministerio Fiscal que la conducta típica que ha de confrontarse en este caso con el derecho a la libertad de expresión no es una conducta de instigación o incitación directa al genocidio sino, simplemente, la consistente en difundir ideas que nieguen o justifiquen hechos ya históricos de genocidio; conducta esta última cuya punición habría decidido el legislador penal en tanto en cuanto representa un peligro de que con ella pueda generarse un clima de aceptación y olvido de tales hechos que se estima improcedente

en el seno de una sociedad democrática y que puede propiciar el surgimiento de brotes de violencia racial o étnica no deseados.

Una vez delimitado de esta suerte el tipo penal de referencia, se plantea el Ministerio Fiscal si, así entendido, puede atentar contra el derecho a la libre expresión de opiniones, ideas o juicios de valor por parte del autor de tales conductas. Para desarrollar tal análisis, comienza por referirse a lo que, a su modo de ver, constituye el verdadero significado, alcance y límites del indicado derecho como fundamento esencial de toda sociedad democrática. Con cita expresa de las SSTEDH de 23 de septiembre de 1998 (caso Lediheux), 8 de julio de 1999 (casos Sürek, Baskaya y Okçuoglu) y 29 de septiembre de 1999 (caso Oztürk), concluye a este respecto que con la salvedad de lo establecido en el art. 10.2 del Convenio, el derecho a la libertad de expresión da cobertura no sólo a las ideas e informaciones aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que molestan, chocan o inquietan, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática. Ello no obstante, reconoce el Fiscal General que en determinados supuestos los Estados pueden adoptar medidas de injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando tales medidas estén dirigidas al logro de algunos de los fines legítimos enunciados en el art. 10.1 del Convenio y de que sean imperiosamente necesarias. En este mismo sentido, las SSTC 214/1991 y 176/1995, tras subrayar que ese derecho no es absoluto, habrían recordado que, por lo que se refiere en particular a los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, ha de distinguirse entre lo que no pasan de ser "meras afirmaciones, dudas u opiniones acerca del holocausto judío, que podrían extenderse, incluso, a la toma de posición en relación con la no existencia real del mismo, que quedarían dentro del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión, por muy reprobables que fueren" y, de otro lado, "aquellas opiniones que presentaren juicios ofensivos, que no se limitaran a aportar correcciones exclusivamente personales de la historia sobre las persecuciones de los judíos, o sobre cualquier otro tipo de homicidio cometido, sino que conllevaran imputaciones efectuadas en descrédito o menosprecio de las propias víctimas del mismo, que no podrían quedar amparadas por el derecho reconocido en el art. 20.1 a) CE".

Estima el Ministerio Fiscal que a este último tipo de opiniones es a las que responde el precepto penal en cuestión, en tanto que medida que tiende a la prevención y sanción de todas aquellas conductas de grave afrenta contra diferentes grupos o etnias, pues, desde su punto de vista, la publicación y difusión de determinados contenidos ideológicos sobre la justificación o la negación de un modelo tan arquetípico de genocidio como lo fue el de los judíos por el régimen nazi incluye un elemento tendencial dado que tales comportamientos no son una mera expresión de opiniones o ideas sobre hechos que acontecieron en la primera mitad del siglo XX, sino que también van encaminados a hacer surgir estados de opinión tergiversados sobre este hecho histórico, ciertamente contrario a lo que realmente aconteció, tratando así de fomentar el olvido del mismo. De manera que la acción tipificada por el art. 607.2 CP hallaría su verdadera localización "en aquellas conductas que no sólo se limitaran a la mera difusión de ideas u opiniones sobre los fenómenos genocidas, sino que, inspirándose en un ánimo tendencial y al hilo de esa difusión, trataran de generar un estado de opinión en la población favorable al genocidio, que fuera llevado a cabo de forma planificada, sistematizada u organizada. Se trataría pues, con el precepto, no ya de reputar como delito la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, con una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generaren un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudieran concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa".

Así entendido, el precepto cuestionado constituye, en opinión del Ministerio Fiscal, un delito de peligro abstracto por el que el legislador penal ha decidido extender la protección propia de esta rama del ordenamiento jurídico a conductas que potencialmente pudieran generar ulteriores actos de violencia racial o étnica. Restaría, sin embargo, por analizar si, desde la perspectiva del principio de intervención mínima del Derecho penal, estaría constitucionalmente justificada la ampliación de la cobertura típica a conductas no directamente incluidas en el Convenio de 1948. A este respecto, concluye el Ministerio Fiscal que el resurgimiento en los últimos tiempos de movimientos xenófobos -claramente inspirados en los postulados defendidos en su día por el nacionalsocialismo- cuya expansión pudiera generar un notable riesgo de desestabilización del sistema democrático constituye justificación suficiente para la introducción de un tipo penal como el aquí cuestionado, así como para la consiguiente injerencia estatal en el derecho a la libertad de expresión respecto de aquellas opiniones o juicios de valor que pudieran atentar contra el interés general en evitar que, por medio de la difusión de ideas o doctrinas de contenido xenófobo o discriminatorio a través de determinados medios de comunicación, llegare a la opinión pública un conjunto de mensajes que pudieran general planteamientos claramente contrarios a los derechos humanos.

9. Por providencia de 6 de noviembre de 2007, se señaló para votación y fallo de la presente Sentencia el día 7 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona ha promovido cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del artículo 607 del Código penal, a cuyo tenor "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años".

Los delitos a los que se refiere el citado precepto son los de genocidio, definidos por el art. 607.1 CP como conductas guiadas por el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetrando alguno de los actos siguientes: 1) matar a alguno de sus miembros; 2) agredir sexualmente a alguno de sus miembros o producirle alguna de las lesiones previstas en el art. 149 CP; 3) someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud u ocasionen alguna de las lesiones previstas en el art. 150 CP; 4) llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptar cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o trasladar por la fuerza individuos de un grupo a otro; y 5) producir cualquier otra lesión distinta de las anteriormente señaladas.

Sostiene el órgano judicial proponente que el párrafo cuestionado podría resultar contrario al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a) CE]. Por el contrario, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal consideran, a partir de distintos argumentos, que el mencionado derecho no ofrece cobertura a conductas como las tipificadas como delito en el referido precepto penal y que, por consiguiente, no puede considerarse inconstitucional ni lesivo del principio de intervención mínima del Derecho penal, toda vez que las conductas que con él se intentan prevenir son peligrosas para el bien jurídico protegido.

2. Antes de entrar a analizar las dudas que plantea la Sala que promueve esta cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 607.2 del Código penal es preciso delimitar el objeto

del presente proceso constitucional. Aun cuando el Auto de planteamiento se refiere en su parte dispositiva como precepto de cuya constitucionalidad se duda al citado art. 607.2, sin más especificaciones, sin embargo, toda su fundamentación jurídica se dirige a solicitar un pronunciamiento por parte de este Tribunal exclusivamente con relación a su primer inciso, que se refiere a la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados como genocidio en el art. 607.1 CP. En efecto, el proceso en el que se originó la presente cuestión es un recurso de apelación dirigido contra la Sentencia de 16 de noviembre de 1998 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona. En la misma se declaró probado que el condenado se dedicaba a la distribución, difusión y venta de materiales y publicaciones en los que se negaba la persecución y el genocidio sufrido por el pueblo judío. El Auto de planteamiento de la presente cuestión, al realizar el necesario juicio de relevancia, parte de que la librería del acusado "estaba especializada en libros de la Segunda Guerra mundial desde el punto de vista de los autores que defienden a la Alemania nazi y niegan la existencia del Holocausto". Pese a ello, se somete al control de este Tribunal, de manera genérica, la constitucionalidad de todas las conductas previstas en el art. 607.2 LOTC.

Es reiterada doctrina de este Tribunal que la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento procesal para buscar una depuración abstracta del Ordenamiento. En efecto, no es una acción concedida para impugnar, de modo directo y con carácter general, la validez de normas, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución, que no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, "el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita" (por todas, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; y 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5).

En el presente caso, dado que, de un lado, el objeto del proceso penal en el que se suscita la presente cuestión de inconstitucionalidad se reducía exclusivamente a la difusión de ideas y doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio y, de otro lado, que toda la fundamentación jurídica del Auto de planteamiento se dirige a cuestionar el reproche penal de tales conductas, es a esta materia a la que se va a contraer el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad (STC 156/2004, de 21 de septiembre, FJ 2).

3. De acuerdo con la argumentación desarrollada en el Auto de planteamiento de la cuestión, el órgano judicial proponente parte de la consideración de que las conductas definidas como delictivas por el art. 607.2 CP no pueden enmarcarse dentro del concepto de provocación para delinquir ni tampoco en el de apología del delito, ya que el tenor literal de la indicada disposición no exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas, elementos uno y otro que, en cambio, resultan inherentes a dichas modalidades delictivas según se desprende de la definición que de las mismas ofrece el art. 18.1 CP. En opinión de la Audiencia Provincial, tampoco cabe hacer una interpretación del precepto cuestionado que lo reconduzca a esas categorías de la provocación para delinquir o de la apología del delito, toda vez que ello supondría una interpretación extensiva del mismo contraria a las exigencias del principio de legalidad penal. El comportamiento cuestionado, en tanto tipificado como delictivo por el art. 607.2 CP, es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos históricos que han sido calificados de genocidio. La Sala estima evidente el conflicto de tal tipificación con el derecho consagrado en el art. 20.1 CE. Sobre este derecho recuerda la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar que ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos,

por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos.

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado comparten la opinión del órgano judicial proponente de que la conducta sancionada por el art. 607.2 CP, consistente en difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio, no puede ser interpretada como una modalidad de apología del genocidio; no obstante, ambos defienden la constitucionalidad de dicho precepto por considerar que el derecho a la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura a los mencionados comportamientos. A su modo de ver, la negación o justificación de un genocidio encierra un peligro potencial para bienes jurídicos de la máxima importancia y, por ello, no puede considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión. Dicho peligro potencial supondría, además, justificación suficiente para su punición, sin que ello supusiera confrontación alguna con el principio de intervención mínima propio del Derecho penal.

Coinciden también sustancialmente ambas argumentaciones, aunque con distinta terminología, respecto de cuáles son, en concreto, los bienes jurídicos afectados por la indicada conducta: los derechos de ciertas minorías religiosas, étnicas o raciales y el propio orden constitucional en tanto en cuanto el sistema democrático se vería desestabilizado por el crecimiento y extensión de ideas o doctrinas negadoras o justificadoras de ciertos hechos históricos ulteriormente calificados jurídicamente como delitos de genocidio.

Así, el razonamiento esgrimido tanto por el Abogado del Estado como por el Ministerio Fiscal se basa, fundamentalmente, en el peligro potencial que según ellos representa la difusión de ideas que nieguen o justifiquen un genocidio históricamente incontestable no sólo para las personas que pertenezcan a ese mismo grupo religioso sino para la democracia en su conjunto. De la afirmación de ese peligro deducen uno y otro, en contra del planteamiento suscrito por el órgano judicial proponente de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la imposibilidad de que el referido comportamiento se ampare en el derecho a la libre expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones que reconoce el art. 20.1 CE, así como la propia justificación de su tipificación penal.

4. Desde la primera ocasión en que este Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, venimos afirmando que "el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder" (STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3, recogido, entre otras, en las SSTC /1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; 9/2007, de 15 de enero). En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992, § 42, y Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000, § 43).

Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático. Así, "el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas" (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6).

Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe 'sociedad democrática'" (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que "es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan" (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Es decir, 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 (STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49).

Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema -a diferencia de otros de nuestro entorno- no tiene cabida un modelo de "democracia militante", esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.

De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución -y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada- a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los "principios democráticos de convivencia" a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por

los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

En ocasiones anteriores hemos concluido que "las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia- quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos" (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8). Esta misma perspectiva ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la segunda guerra mundial, a señalar que "la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión" y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo (Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57).

5. Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza "el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)" (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).

De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia

interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006).

Junto a ello, la regla general de la libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH puede sufrir excepciones en aplicación del art. 17 CEDH, que no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional. En su virtud, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no puede entenderse amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto en cuanto implicaba un propósito "de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos" (Decisión Garaudy c. Francia, de 24 de junio de 2003). En concreto, en esa ocasión se trató de diversos artículos dedicados a combatir la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, de modo que el Tribunal tuvo en cuenta decisivamente la intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia, atentando contra los derechos de los demás. Posteriormente, ha advertido, obiter dicta, de la diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi, amparado por el art. 10 del Convenio y la mera negación de "hechos históricos claramente establecidos" que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 CEDH (SSTDH Lehideux e Isorni c. Francia, de 23 de septiembre de 1998; Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69).

En este punto resulta adecuado señalar que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para invocar la excepción a la garantía de los derechos prevista en el art. 17 CEDH no basta con la constatación de un daño, sino que es preciso corroborar además la voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión de destruir con su ejercicio las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en el Convenio (STEDH Refah Partisi y otros c. Turquía, de 13 febrero 2003, § 98; Decisión Fdanoka c. Letonia, de 17 junio 2004, § 79). Sólo en tales casos, a juicio del Tribunal europeo, los Estados podrían, dentro de su margen de apreciación, permitir en su Derecho interno la restricción de la libertad de expresión de quienes niegan hechos históricos claramente establecidos, con el buen entendimiento de que el Convenio tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH).

De esta manera, el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos (STC 43/2004, de 23 de marzo), encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. Como dijimos en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8, "el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean". Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado

entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE.

6. El precepto cuestionado es el primer inciso del art. 607.2 CP, cuyo tenor literal ya ha sido reseñado anteriormente. Como ponen en evidencia el Auto de planteamiento de la cuestión y el Abogado del Estado y el Fiscal en sus alegaciones, este precepto debe entenderse en el contexto de otros que vienen a dar cumplimiento, en el ámbito penal, a los compromisos adquiridos por España en materia de persecución y prevención del genocidio; entre ellos, el apartado segundo del artículo 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que establece que "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley" y el art. 5 del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, por el que España se compromete a establecer, con arreglo a su Constitución, "sanciones penales eficaces" para castigar a las personas culpables de genocidio o de "instigación directa y pública" a cometerlo.

Entre ellos, dada la cercanía de las conductas perseguidas, ha de tomarse en cuenta el art. 615 CP, que establece que la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos contra la comunidad internacional se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos. Junto a él, el art. 510.1 CP, introducido en el Código penal de 1995 como consecuencia directa de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Finalmente, los títulos dedicados a los delitos contra el honor y los relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas vienen a completar el ámbito penal de protección en el que se inserta también el precepto cuestionado. A través de estos tipos nuestro Derecho penal se alinea con las obligaciones internacionales contraídas por España en la materia. Sin perjuicio de ello, otros países que padecieron especialmente el genocidio cometido durante la época nacionalsocialista, han introducido también en su elenco de delitos, en razón de estas trágicas circunstancias históricas, el consistente exclusivamente en la mera negación del holocausto.

El primer apartado del art. 607 CP cierra el sistema específico de protección exigido por los instrumentos internacionales en la materia que vinculan a nuestro Estado, castigando las diversas modalidades de comisión de este delito y exigiendo, en todo caso, un dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social. Complementariamente, en su apartado segundo el legislador ha venido a añadir un tipo penal independiente, en el que ya no se incluye dicho dolo específico y que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas. Con independencia de su objeto, la incidencia de este tipo punitivo previsto en el art. 607.2 CP sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) viene determinada por la inicial descripción de las conductas perseguidas, consistentes en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas ya que, puesto que no se exige expresamente elemento suplementario alguno, hay que considerar que en principio se trata de una difusión en cierto modo "neutra", con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar.

Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los

valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH caso Castells, de 23 de abril de 1992, § 46), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.

7. Conforme reiteradamente hemos venido manteniendo, en virtud del principio de conservación de la ley sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos "cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma" (por todas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6; 131/2006, de 27 de abril, FJ 2). Por ello será preciso "explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución" (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 5; 76/1996, de 30 de abril, FJ 5) habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza "a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos" (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre). En definitiva, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, "la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7)".

Nuestro cometido habrá pues de ceñirse en este caso a confrontar el texto cuestionado del art. 607.2 CP con el ámbito protegido al derecho a la libertad de expresión en los términos reseñados en los anteriores fundamentos jurídicos. Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores. De acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada.

8. Procede, por tanto, determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido a nuestro control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese "discurso del odio" al que, como ha quedado expuesto anteriormente, alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión.

En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido -en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c.. Turquía, de 8 de julio de 1999- como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el art. 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuricidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE. Como declaramos en la STC 43/2004, de 23 de marzo, la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que "sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática" (FJ 4).

La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente -como sugiere el Ministerio Fiscal- puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se

pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

9. Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio -entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población-cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal.

El entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes. Así, el art. 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, limita la obligación de los Estados miembros

de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que "la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio" contra el grupo social afectado.

Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen "las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas" (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8).

De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.

Quedan así resueltas las dudas del órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, que llamaba la atención de este Tribunal sobre el hecho de que el tenor literal del art. 607.2 CP en ningún momento contempla un elemento de incitación directa a la comisión de un delito de genocidio y sobre el dato de que la pena que en él se establece de prisión es de uno a dos años, por lo que no guardaría proporción, dada su levedad, con la modalidad delictiva definida con carácter general en el art. 18 CP ni con la castigada en el art. 615 CP con la pena inferior en uno o dos grados al delito provocado.

Efectivamente, la referida interpretación del art. 607.2 CP conforme a la Constitución no puede entenderse como desvirtuadora de la voluntad del legislador, pues dota al precepto de un ámbito punible propio y específico que, en aplicación del principio de proporcionalidad puede entenderse adaptado razonablemente en cuanto a las penas a la gravedad de las conductas perseguidas.

No es desde luego cometido de este Tribunal depurar técnicamente las leyes, evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos, sino sólo y exclusivamente velar por que no vulneren la Constitución. Debe sin embargo subrayarse que esta interpretación constitucionalmente conforme del art. 607.2 CP en absoluto desvirtúa la voluntad del legislador de sancionar de determinado modo la provocación directa al delito de genocidio (art. 615 CP), en la medida en que dota al precepto de un ámbito punible propio, que supone en su caso una modalidad específica de incitación al delito que merece por ello una penalidad diferenciada, adaptada, según el criterio del legislador, a la gravedad de dicha conducta conforme a parámetros de proporcionalidad. Otro tanto cabe decir de la posible concurrencia normativa del art. 510 CP, que castiga con una pena diferente a la del art. 607.2 CP la conducta, asimismo diferenciable, que define como de "provocación" y la refiere "a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por

motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia:

1º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión "nieguen o" en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal.

2º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia.

3º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a siete de noviembre de dos mil siete.

VOTOS

Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 5152-2000, promovida por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 607.2 del Código penal, por presunta violación del artículo 20.1 de la Constitución.

Respetando la decisión mayoritariamente acordada en la cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000 y ejercitando mi derecho a discrepar reconocido en el art 90.2 LOTC, manifiesto mi disconformidad con la Sentencia dictada y a tal efecto formulo las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar y como punto de partida de las reflexiones que subsiguen, me resulta inaceptable la conclusión de constitucionalidad que según términos literales del apartado segundo de la parte dispositiva, establece: "Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia".

Tal determinación -respecto a cuya formulación, por referencia a uno de los fundamentos jurídicos de la sentencia-, siempre me ha producido rechazo -aunque sea de uso frecuente en este Tribunal- no sólo porque ensombrece la meridiana claridad que ha de presidir la formulación de la parte dispositiva de las resoluciones jurisdiccionales, sino que en cuanto que obliga a acudir a alguno de los razonamientos de aquélla para comprender el alcance de la conclusión dispositiva, quebranta así el hilo discursivo de la Sentencia cuya concordancia fáctica y lectura continuada debe propiciar, sin aditamento referencial alguno, la comprensión del fallo incluso para los profanos en Derecho.

Seguidamente instrumento lo que considero como ortodoxa técnica analítica estructural y, acudiendo al contenido del único fundamento jurídico (noveno) que la Sentencia de la que discrepo dedica al problema, desde esa perspectiva me sorprende que haya de acudirse, con "matizaciones" de excepcionalidad y justificación indirecta, a la libertad de configuración del legislador en un ejercicio ajeno a una correcta hermenéutica, a fin de sostener que la tesis mantenida en dicho fundamento que se intenta corroborar mediante "aderezos" argumentales complementarios, el discurso que conduce a conclusiones con las que muestro mi desacuerdo.

Por el contrario, creo que simplemente bastará reseñar, sin aditamento "colateral" alguno, la mencionada libertad de configuración legislativa para alcanzar soluciones distintas a las consignadas en el segundo de los apartados del fallo de la Sentencia. Más adelante explicitaré esta conclusión, ya que así formulada quedaría reducida a una afirmación crítica puramente apodíctica.

2) Por otra parte, la afirmación que asumo -como dice la Sentencia - de que "no es desde luego cometido de este Tribunal depurar técnicamente las leyes, evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos, sino sólo y exclusivamente valar por que no vulneren la Constitución" no creo que propicie la justificación de la constitucionalidad del inciso del art. 607.2 del Código penal cuestionado a base de afirmar que la interpretación precedente - que se autotitula "conforme a la Constitución"- pues creo que, en lugar de posibilitar la conclusión mayoritariamente acogida, estimo, por el contrario, que, tanto operando con la técnica hermenéutica descrita en el art. 3 del Código civil, es decir "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", como por la propia sistemática que ofrece el Código penal en el que está inserto el referido precepto cuestionado y al que se refiere este Voto, dicha fórmula expositiva conduce a una determinación de signo diferente.

A tal efecto conviene recordar que, dentro del título XXIV del Código penal vigente - "Delitos contra la Comunidad Internacional"- el capítulo segundo regula los "Delitos de genocidio". Existe, pues, un esquema clasificatorio, al que se añade el capítulo II bis - "Delitos de lesa humanidad"- que pone en evidencia una voluntad legislativa de cerrar el elenco de la conductas delictivas residenciadas en el título reseñado a través descripciones típicas que, en mi opinión, se agotan en sentido "descendente" -aunque no por ello, alcanzan la impunidad. La simple lectura del art. 607 del Código penal vigente evidencia una relación comprensiva de dichos comportamientos punibles, cuya definición y sanción es acorde con las últimas tendencias del Derecho comparado europeo.

Demostración palpable de lo precedentemente expuesto es la transcripción integral y literal del precepto:

"Art. 607- 1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149.

3º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150.

4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los núms. 2º y 3º de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años."

Como elementos de refuerzo argumental de este Voto hemos de reseñar:

a) La exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, modificadora del Código penal en relación con las innovaciones introducidas en el precepto que ahora interesa ya que, según se expone en ella:

- La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella.

- España no permanece ajena al despertar de este fenómeno.

- Y, en fin, porque constata dicha proliferación, nos vemos obligados a dar un paso más allá de la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defienden el racismo o la exclusión étnica, dado que constituyen -según la STC 214/1991- obligación que no ha de verse limitada en nombre de la libertad ideológica o de expresión.

b) El contenido del Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio y su Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968, el art. 19 de la Declaración de derechos humanos, arts. 10 y 18 del Convenio de Roma y los arts. 3 y 19 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la cobertura jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

c) Los antecedentes legislativos que acreditan la aprobación sin oposición alguna por todos los grupos parlamentarios del nuevo Código penal surgido de la Ley Orgánica mencionada y, por tanto, de la redacción dada a su art. 607.

d) El art. 10 de la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y sus libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (BOE de 10 de octubre de 1979) que reconoce que el ejercicio de las libertades de opinión e información puede ser sometida a restricciones o sanciones, previamente previstas en las leyes que, regulando la libertad de expresión e informativa, deben interpretarse conforme a los convenios en la materia suscritos por España.

Y, por último,

e) La Sentencia 214/1991 de este Tribunal Constitucional que literalmente dice que "Ni la libertad ideológica, ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófo, puesto que tal como dispone el art. 20.4 CE no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana ... el odio y el desprecio a todo un pueblo o una etnia (a cualquier pueblo o cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos".

3) La explicitación anunciada y referida a la libertad de configuración legal ha de apoyarse sobre la base de negar que el tipo delictivo cuestionado adolezca de vaguedad o sea "difuso", sino que tiene como punto de referencia concreta el delito de genocidio, pues -tal como destaca el Abogado del Estado-, en su minucioso y fundado informe, "basta la lectura del art. 607.2 CP, para comprobar que los tipos que de su enunciado resultan, no pueden identificarse con ese vaporoso 'resto' sin explicación y sin contenido como parece sugerir la Sala que plantea la cuestión de inconstitucionalidad: la justificación y negación de los delitos de asesinato, o de las agresiones sexuales, o de los traslados forzosos de poblaciones, o las esterilizaciones, o las pretensiones rehabilitadoras de regímenes que amparen estos delitos, no son leves perturbaciones de la igualdad jurídica, ni su punición responde al modesto propósito de evitar discriminaciones ocasionales. Se trata de condenar acciones que el legislador ha valorado como causas de impulso directísimo a la perpetración de graves delitos que dañan a los intereses más esenciales de la convivencia humana. Y la apreciación de esta relación causal entre la exposición divulgadora de ciertas doctrinas o ideas y los crímenes más abyectos, no es un capricho ocasional o repentino del legislador, ni una presunción irrazonable o excesiva, sino el producto de unas dolorosas experiencias históricas. Por tanto, el art. 607.2, no carece de contenido".

Por ello, por más que se esfuerce la Sentencia mayoritaria, no justifica la conclusión segunda de su parte dispositiva, ya que únicamente aporta -en las únicas dos páginas y media que se dedican a justificar la decisión de inconstitucionalidad de la que discrepomatizaciones dialécticas que, a mi entender, sólo constituyen un puro excursus argumental formalista, dado que, según se deriva de la misma, aquéllas se incardinan en la teórica y no empírica distinción entre incitación directa o indirecta a la comisión de delitos contra el derecho de gentes situando la negación del genocidio en "el ámbito de las meras opiniones sobre los hechos históricos, es decir, en la esfera cubierta por el derecho de la libre expresión", permitiendo el juego de los artículos 16.1 CE (libertad ideológica) y 20.1 a) CE (libertad de opinión) y, consecuentemente, la imposibilidad de considerar dicho comportamiento descrito en el inciso tantas veces referido del art. 607.2 CP como constitucionalmente correcto.

Tomo aquí nuevamente las palabras del Abogado del Estado: "las ideas y doctrinas criminalizadas en el art. 607.2 CP son las genocidas. No se trata de propagar doctrinas simplemente adversas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Tampoco se trata de la pura negación de unos hechos, como puede ser el exterminio de unos seis millones de judíos por el régimen criminal que gobernó el Reich alemán entre 1933 y 1945. El precepto pena la negación o justificación 'de los delitos', no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no esté en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas ('información veraz', art. 20.1.d CE). Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas".

4) En definitiva, estamos en presencia de un delito de peligro abstracto que con especificidad propia se diseña a partir de la polivalente expresión cual es la "difusión" que abarca tres modalidades comisivas con una concreta referencia a "los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo". Con ello se cierra el círculo sancionador previsto por el legislador para las conductas relativas al delito de genocidio, que, por ello resulta distinto y diferenciado de otras figuras criminales como la provocación para delinquir (art. 18 CP), o la incitación al odio racial (arts. 510, 515.5, 519 y 615 del mismo CP) supuestos de concurso o conflicto de leyes para los que el art. 8 del Código penal ofrece las procedentes soluciones.

En mi opinión, creo que no cabe sino concluir que, ante las razones de sistemática expuestas y por la propia naturaleza del delito, la descripción típica referida a "la justificación del genocidio" conforma a aquél como una figura penal, de peligro abstracto, en cuanto que, en correspondencia con mi criterio y con la meridiana objetividad y penoso recordatorio, que el Abogado del Estado reseña, esa naturaleza se conforma, por contraposición, "al peligro concreto que representa el tiro en la nuca, el coche bomba o la expulsión del territorio para determinadas clases de personas. 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".

Son pues, las precedentes referencias las que permiten llegar a la conclusión que se refleja en este Voto en cuanto ésta deviene de su "comparación sistemática con otros preceptos penales, con los que verdaderamente tiene una más estrecha y directa relación, esto es con los delitos de especialísima gravedad que relaciona el apartado primero del propio artículo y que se agrupan bajo la rúbrica de 'delitos de genocidio'. Dicha vinculación es tanto más intensa cuanto que el tipo cuya constitucionalidad niega la resolución mayoritariamente adoptada se integra por vía de remisión con elementos definitorios de los delitos enumerados en los distintos apartados del párrafo 1, que no son sino delitos de resultado".

Si -como destaca el Ministerio Fiscal- a ello se añade que "el núcleo de la acción castigada se enmarca bajo la común rúbrica de la difusión, que lleva implícito el requisito de la publicidad, ya que el término que encabeza el tipo implica la utilización de medios de comunicación para la puesta en conocimiento general de lo que es objeto de opinión o juicio de valor, lo que, consiguientemente, presupone el conocimiento, al menos potencial, por una pluralidad de personas de lo opinado o valorado", habrá de concluirse necesariamente en que ambas conductas delictivas -negación y justificación-, e incluso la tercera, cual es la de "pretender la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos" (delitos tipificados en el apartado anterior), unidas todas ellas por la conjunción disyuntiva "o" más no por la copulativa "y"-reflejadas en los incisos del apartado 2 del art. 607 del Código penal- han de tener el mismo calificativo, que no puede ser otro que el de acordes con la Constitución.

5) A partir de las especificaciones anteriores en las que se destaca como, ante concretas formas delictivas -nuevas en otros tiempos y resurgentes en los actuales (piénsese en además del genocidio, en el narcotráfico o en el terrorismo)- el legislador ofrece respuestas en las que el soporte de los derechos fundamentales que entran en conflicto o resultan afectados no se alteran sino que se limitan, no podemos desautorizar constitucionalmente el principio de configuración legal ni el de intervención mínima propio del Derecho penal con benevolentes, artificiosas y teóricas prevenciones que, en lugar de

consolidar dichos derechos, lo que hacen es debilitar la salvaguarda de aquéllos, los cuales, por su objetiva primacía y efectiva realidad, merecen -no con privilegiada preferencia, más sí con empírica y casuística evaluación y sin otra finalidad que ajustar a términos de razonabilidad y proporcionalidad- otra solución jurídica que la ofrecida por la Sentencia aprobada por la mayoría de mis compañeros para solventar los conflictos que entre ellos puedan suscitarse.

Creo que con dicha exposición queda así justificada mi discrepancia con la Sentencia mayoritaria, cuya parte dispositiva, a mi modesto entender, debió declarar constitucionales los dos incisos a los que se hace referencia en la misma. Parecer que, con todo el respeto, manifiesto frente a quienes comparten la decisión aprobada por el Pleno de este Tribunal Constitucional.

En Madrid, a siete de noviembre de dos mil siete.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto de la Sentencia del Pleno de 7 de noviembre de 2007, referente al delito de difusión de ideas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio.

1. Disiento de la Sentencia aprobada en el día de hoy. La cuestión de inconstitucionalidad de la que nació este proceso en el año 2000 planteaba, y planteará, problemas procesales, en los que no me voy a detener. Tampoco voy a entrar en un análisis jurídico-penal del art. 607.2 CP. Me basta señalar que no cabe independizar los tipos del art. 607.1 de los del art. 607.2 CP (en contra de lo que se asevera en el FJ 6), ni es convincente diferenciar penalmente la negación de los delitos del art. 607.1 CP, que se considera inane, de la justificación de los mismos, que se acepta tras una trabajosa interpretación (FJ 9 de la Sentencia de la mayoría). Una crítica de esos extremos se encuentra en las consideraciones que se vierten en los Votos particulares de dos de mis compañeros del Pleno, que comparto. Voy a exponer mi discrepancia con la Sentencia de la mayoría desde el punto de vista del Derecho constitucional y del Derecho comunitario futuro, que son los que me preocupan.

2.. El artículo 1.1 de la Constitución española declara que tanto la libertad como el pluralismo político son valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Desde la transición democrática, cuyo aniversario se ha festejado recientemente, España ha sido el país del pluralismo. En el ámbito social, el económico, el político y en la vertebración territorial del Estado el pluralismo ha sido el signo que ha marcado estos treinta años de experiencia democrática. En ese marco, nuestra Constitución de 1978 ha cobijado con generosidad a todos los españoles, sin acepción de ideología, de credo o de partido.

Se ha afirmado, sin embargo, que "la paradoja de la libertad es también la paradoja del pluralismo". La experiencia del constitucionalismo europeo, en el período de entreguerras del siglo XX, demostró que la aparición de fuerzas antipluralistas en el seno de una sociedad democrática pone en cuestión, con excesiva facilidad, la libertad y el sistema pluralista mismo.

Europa vivió entre 1918 y 1945 la época dorada del constitucionalismo clásico, basada en lo que se llamó, en forma expresiva, "exceso de confianza en la soteriología jurídica". Profesar una fe inocente en el Derecho constitucional, considerándolo como realidad salvadora que, por sí misma, asegura la libertad o el pluralismo fue un camino que se

truncó por experiencias dramáticas en países que conocieron las Constituciones técnicamente más perfectas que ha ideado el genio humano.

Dejando aparte la propia experiencia de nuestra guerra civil, pese a la Constitución de la II República española de 1931, el colapso de la Constitución de Weimar de 1919, pocos meses después de que el Mariscal Hindenburg encomendase a una coalición de partidos que apoyaba a Adolf Hitler la formación de un gobierno nacionalsocialista en 1933, o la impotencia de muchas Constituciones de la Europa central u oriental para frenar el totalitarismo comunista, tras la segunda guerra mundial, llevó en la posguerra inmediata a la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, al Tribunal de Estrasburgo y a la misma Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, en cuyo cumplimiento se dicta el art. 607 CP que nos ocupa.

Al igual que la Ley Fundamental de Bonn (artículo 1) la Constitución española de 1978 proclamó, por ello, que "la dignidad de la persona humana" es el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), al considerar que sólo una concepción del Derecho fundada en dicha dignidad puede fundamentar un Estado social y democrático de Derecho y que dicho Estado debe contar además, para ser plural, con mecanismos de garantía frente a la repetición de intentos de perversión del pluralismo.

En este contexto histórico se explican las leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan el holocausto nazi o, como en España, lo hacen respecto de los delitos de genocidio tipificados en el art. 607.1 CP o de enaltecimiento del terrorismo, en el art. 578 CP. Alemania, Austria, Bélgica, la República checa, Eslovaquia, Francia, Holanda, Liechtenstein, Lituania, Polonia, Rumania y Suiza forman, junto a Israel, una lista de honor en la que, desde la inconstitucionalidad parcial del art. 607.2 CP que declara la Sentencia de la que discrepo, se difumina el nombre de España..

La Resolución del Parlamento Europeo sobre memoria del Holocausto, antisemitismo y racismo recuerda que el 27 de enero de 2005 no debe servir sólo para el recuerdo estremecedor del sexagésimo aniversario de la liberación del campo de exterminio nazi en Auschwitz-Birkenau, donde fueron asesinados un millón y medio de judíos, personas de etnia romaní, polacos, rusos, prisioneros de varias nacionalidades y homosexuales, sino también debe servir de lección para alertar de los peligros que derivan del "preocupante aumento del antisemitismo, especialmente los incidentes antisemitas en Europa" (sic).

En efecto, el riesgo de los grupos antipluralistas no se limita hoy a un mero antisemitismo. El menosprecio y el vilipendio también amenaza a las minorías africanas, árabes y asiáticas y a los inmigrantes no europeos que confluyen en forma significativa en el presente siglo en nuestro continente. De ahí el acierto de la tipificación de las diferentes formas de genocidio en el art. 607.1 CP y la consecuente punición de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen tales delitos en el art. 607.2 CP. Este antipluralismo puede ser hoy un "peligro presente y claro" en una nueva Unión Europea formada por quinientos millones de seres humanos. Por eso la propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 20 de abril de 2007, considera que el racismo y la xenofobia constituyen una amenaza actual para los 27 Estados miembros de la Unión, que debe llevar a definir un nuevo Derecho penal común a los quinientos millones de seres humanos que integran la Unión Europea, donde se castigue la "negación" o la "trivialización ofensiva" ("denying or grossly trivialising") de los crímenes de genocidio. Se trata de que ningún Estado europeo se

pueda convertir en refugio y centro de propaganda de los nuevos grupos antipluralistas, para no repetir en este siglo los errores del siglo XX. Dicha propuesta de Decisión Marco que se declara, por supuesto, compatible con las libertades de expresión y asociación reconocidas en los arts. 10 y 11 CEDH, tiene un alcance más amplio de lo que se recoge en el FJ 9 de la Sentencia de la mayoría y, sin duda, consonante con el elemento tendencial que exigía ya el art. 607.2 CP antes de nuestra Sentencia, como se razona en el Voto particular del Magistrado don Pascual Sala Sánchez.

3. En un célebre Voto particular (caso Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor) el Juez Black, del Tribunal Supremo norteamericano, afirmaba, en 1941, que la libertad de hablar y escribir sobre asuntos públicos es tan importante para el gobierno en América como el corazón para el cuerpo humano. La libertad de expresión -decía- es el corazón mismo del sistema de gobierno norteamericano. Por eso cuando el corazón se debilita desfallece el sistema y cuando se silencia el resultado es su muerte.

La Sentencia de la que disiento se inspira en esta doctrina al fundar su razón de decidir (FJ 9 y fallo) en la libertad de expresión del art. 20 CE y opera sobre el sentido y alcance del art. 607.2 CP, en aras de esa libertad de expresión (FFJJ 4, 6 y 9).

Tal amplitud de la libertad de expresión representa, sin embargo, un retroceso inoportuno y grave en las garantías del pluralismo que regían en España y en los países de la Europa democrática actual que acabo de citar. En el año 1941, cuando el Juez Black escribía su famoso Voto particular, el viaje a Estados Unidos no era una travesía virtual por Internet. Cruzaban el Atlántico miles de barcos en los que huían de la Shoá, holocausto o sacrificio por fuego, miles de seres portadores de "vidas indignas de ser vividas". Entretanto la vieja Europa contemplaba el sacrificio de seis millones de judíos, que no habían podido alejarse de una realidad monstruosa que desconocía la dignidad que todo ser humano tiene, en su irrepetible individualidad. Cada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científicamente todas las conductas genocidas que tipifica hoy nuestro art. 607 CP no se produjo en América, sino en Europa. Por eso la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contempla, fiel a la tradición de los pilgrim fathers de la Unión americana, una "precious freedom of expression", mientras que -con la excepción del Reino Unido y los países escandinavos- los Estados democráticos europeos no encuentran reparo en adoptar leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan los crímenes del holocausto nazi o el genocidio. En Europa el puesto de honor en la lista de los derechos fundamentales lo ostenta la dignidad del ser humano, por lo que no nos debemos dejar deslumbrar por categorías ajenas a la experiencia europea.

4. El problema constitucional se acrecienta, y ahí se profundiza aún más mi discrepancia, cuando, con cita de la STC 48/2003, de 12 de marzo, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, el fallo de la mayoría produce una modificación de la doctrina vertida en el fundamento jurídico 7 de aquella Sentencia unánime del Pleno, al no reparar en que, ante delitos como el de genocidio, se trae a colación siempre la dignidad del ser humano, que tratamos con cuidado exquisito en el fundamento jurídico 7 de la referida STC 48/2003. La Sentencia de la mayoría considera que las ideas u opiniones que han dado origen a esta cuestión de inconstitucionalidad "resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada" (sic en FJ 4) pero ello no impide concluir que, al menos en parte, deben encontrar cobijo en una visión de la libertad de expresión del art. 20 CE de la que discrepo.

Esta doctrina se contrapone a lo que declaramos en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (caso León Degrelle) y 176/1995, de 12 de enero (caso del cómic Hitler-SS).

En efecto, la STC 214/1991 desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación procesal, para concedérsela a doña Violeta Friedmann, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau que reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del celeberrimo doctor Mengele. Afirmamos en el FJ 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Más contundente, si cabe, fue la STC 176/1995 cuando, en su FJ 5, apostilló que la libertad de expresión es un valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución, pero que un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 y 76/1995). "Un cómic como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra".

Por ello disiento, en Madrid, a siete de noviembre de dos mil siete.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de 7 de noviembre de 2007, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152-2000.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. La Sentencia al final del fundamento jurídico 7 sostiene que el precepto que sanciona la negación del delito de genocidio solo "resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio a las víctimas del delito de genocidio".

Pues bien, el llamado "negacionismo" es, en sí mismo y cuando menos, un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y así se presenta en cuantas ocasiones se produce en la realidad de quienes sostienen, por ejemplo, que el holocausto no existió y que solo es propaganda sionista; pretender amparar semejantes actitudes en la libertad de expresión es degradarla; por el contrario, y como sostiene el Ministerio Fiscal, dichas actitudes van encaminadas a hacer surgir estados de opinión tergiversados sobre este hecho histórico, ciertamente contrarios a lo que realmente aconteció, tratando así de fomentar el olvido del mismo, por lo que el precepto no trata de castigar la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generarían un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudiera concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa; ciertamente este es un peligro que una sociedad democrática no puede permitirse correr en las actuales circunstancias, en las que no puede negarse el rebrote de esas actitudes.

No se trata de favorecer la fórmula "de una democracia militante" pero sí de impedir la conversión de las instituciones que garantizan la libertad en una "democracia ingenua"

que llevara aquel supremo valor de la convivencia hasta el extremo de permitir la actuación impune de quienes pretenden secuestrarla o destruirla.

2. Tampoco comparto que el precepto, en la parte que es objeto de la declaración de inconstitucionalidad, pueda ser vulnerador de la libertad científica (art. 20.1 b CE) 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.

Que ese elemento intencional, que por otra parte no se pone en duda respecto a la justificación, es el mismo que tendencialmente afecta a la negación del delito de genocidio, lo pone de manifiesto la equiparación que entre ambas conductas realiza el legislador español cuando tipifica en el apartado 2, del art 607 CP, como una misma conducta punible "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos", utilizando, significativamente, la preposición alternativa "o", lo que debería haber conducido a entender que tanto una como otra forma de actuación se refiere a los delitos y por lo tanto no son contrarios a nuestra Constitución, evitando la situación, en cierta manera paradójica, de que mientras en muchos países se comienza a castigar penalmente el antes citado "negacionismo" y se postula su general inclusión en los códigos penales de la Unión Europea, sea España, que se había anticipado a tipificarlo, ahora precisamente lo despenalice.

Madrid, a siete de noviembre de dos mil siete.

Voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez a la Sentencia de este Tribunal recaída en la cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto del artículo 607.2 del vigente Código penal.

Con todo respeto hacia la posición mayoritaria, discrepo de la fundamentación jurídica en que se sustenta y del fallo a que la misma conduce solo en cuanto se refiere a la declaración de inconstitucionalidad del primer inciso del precitado artículo 607.2 CP 1995, en el extremo en que castiga la difusión de ideas o doctrinas "que nieguen" un delito de genocidio, sin permitir, por tanto, una interpretación conforme con la Constitución a diferencia de lo que hace respecto de la conducta consistente en la difusión de ideas o doctrinas que "justifiquen" un delito de la misma clase.

Baso mi discrepancia, una vez está delimitada en los términos que acaban de exponerse, en las siguientes razones:

1. La exigencia de un elemento tendencial en el tipo definido en el antecitado artículo 607.2 CP, que la Sentencia de que discrepo considera comprendido en la conducta consistente en la difusión de ideas o doctrinas que "justifiquen" un delito de genocidio (FJ 9) y que sin embargo no admite en aquéllas que lo nieguen, elemento este que la Sentencia de la que disiento (FJ 8, último párrafo) concreta en que la difusión de ideas o doctrinas -opiniones las llama- "fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado", resulta -dicho sea con todo respeto- en sí misma contradictoria, habida cuenta que la figura delictiva las identifica cuando coloca en la

misma posición la negación y la justificación, conductas a las que simplemente separa por la disyuntiva "o".

Quiere indicarse con esto que si "justificación", como dice la Sentencia aprobada, equivale a "incitación indirecta" a la comisión de delitos de genocidio, de tal forma que así se produciría, "en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración" o cuando, en segundo lugar, "con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación" (FJ 9), no se comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la "negación".

Y es que lo que el precepto cuestionado castiga en las dos conductas -no se olvide, legislativamente equiparadas- no es la simple "negación" en abstracto o la "justificación" consistente en "la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas" (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.

2. Aun prescindiendo del mencionado elemento tendencial, que como acaba de razonarse si se admite para una de las dos conductas contempladas en el artículo 607.2 CP ha de admitirse para las dos, se ha de llegar a la misma conclusión de constitucionalidad del precepto tan pronto se tenga en cuenta que no solo no constituye una interpretación irrazonable o errónea del tipo definido en el artículo 607.2 CP, sino que, por el contrario, resulta ajustado a los parámetros de la lógica entender que el precepto en cuestión define el delito de genocidio con un presupuesto común a todas las modalidades comisivas que contempla, a saber: la exigencia del propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Lo que ocurre es que el artículo 607.1, en sus cinco ordinales, hace referencia a conductas directa y hasta físicamente lesivas de bienes jurídicos ligados a la vida, integridad física, salud o condiciones de vida y, en cambio, el artículo 607.2 CP hace relación solamente, como se ha repetido, a la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen no los hechos sustentadores de las formas comisivas del apartado 1, sino "los delitos tipificados" en dicho apartado, delitos estos que no pueden cometerse sin el "propósito" previo anteriormente destacado. Al ser así, entender que ese elemento tendencial está también inmerso en las modalidades comisivas del tan mencionado apartado 2 es un razonamiento perfectamente coherente con la más elemental lógica jurídica.

3. Es cierto que este argumento podría ser tachado de interpretación de legalidad ordinaria que no incumbe hacer a este Tribunal y sí a los correspondientes órganos de la jurisdicción ordinaria. Pero no lo es menos que sirve para poner de relieve que se trata de una interpretación, lo mismo que la argumentada en el apartado 1 de este Voto, perfectamente factible y, por ello, susceptible de ser sustentada por el Tribunal a quo que planteó la cuestión parcialmente acogida en el criterio mayoritario, del mismo modo que, en relación con el caso concreto que enjuiciaba, podía haber resuelto cualquier problema concursal o de compatibilidad que ese caso pudiera presentar respecto de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas que citaba el Auto de planteamiento (arts. 510, 515.5 y 519 CP).

4. Tampoco puede decirse que la declaración de inconstitucionalidad de la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que "nieguen" los delitos de genocidio sea conforme con los textos internacionales más recientes o, con una perspectiva constitucional, con la necesidad de evitar la introducción en el tipo penal de elementos que no figuran recogidos en su tenor literal.

Lo primero porque, precisamente, el artículo 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, probada por el Consejo de la Unión Europea en su reunión de 20 de abril de 2007, y a la que alude la Sentencia de que discrepo en su FJ 9, limita la obligación de los Estados miembros en la adopción de medidas que garanticen el castigo de la apología pública de los crímenes de genocidio, y también de la negación o trivialización flagrante de los mismos, a los casos en que "la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio" contra el grupo social afectado. Es decir, la propuesta mencionada sigue en este punto el mismo criterio que el del artículo 607.2 del Código penal español o, lo que es lo mismo, exige que tanto para el apología pública de los crímenes de terrorismo (en la propuesta no se contempla directamente la justificación) como para su negación o trivialización es necesario el elemento tendencial de que "la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio". Obsérvese cómo en este instrumento no se plantea duda alguna acerca de que la negación de los crímenes (calificación jurídica como es igualmente la de delitos que hace el Código español) entre en la obligación de los Estados de adoptar medidas punitivas o de castigo en su contra, siempre que, como en los demás casos (apología o trivialización), concurra el elemento tendencial de referencia.

Lo segundo porque los principios de presunción de constitucionalidad del legislador democrático y de conservación de la Ley, como también la Sentencia de que disiento reconoce (FJ 7), conducen al entendimiento de que solo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible una interpretación conforme a la misma (SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6; 131/2006, de 27 de abril, FJ 2). Aunque los aludidos principios no permiten que el Tribunal Constitucional reconstruya una norma para concluir su constitucionalidad ni que la interpretación conforme acabe siendo una interpretación contra legem, es necesario para ello que el sentido de aquella -de la norma, se entiende- sea "evidente" y, como tal, contrario a la aludida posibilidad (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4) o que, en vez de una auténtica interpretación conforme, se incurra en una desfiguración o manipulación de los enunciados legales equivalentes a la creación de una norma nueva y a la conversión del Tribunal Constitucional en legislador positivo (SSTC 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7).

Pues bien; basta reiterar las consideraciones hasta ahora hechas para rechazar que la exigencia en la conducta de difusión de doctrinas que nieguen los delitos de genocidio del elemento tendencial de incitación indirecta a la violencia o al odio pueda ser calificada de desfiguración o manipulación del texto legal, cuando es lo cierto que ese elemento tampoco figura explicitado en la conducta equivalente de justificación y cuando no sería nunca admisible interpretar que el legislador del Código penal hubiera querido incriminar solo una aséptica conducta de negación fáctica desprovista de toda intencionalidad. Esta, con todos los respetos, sí podría merecer el concepto de interpretación abusiva y sacada de contexto y, al propio tiempo, el de una innecesaria restricción en la incriminación de conductas penalizadoras del gráficamente llamado "discurso del odio", que todas las modalidades de genocidio y de su defensa implican y que todo Estado democrático está obligado a perseguir.

Téngase presente, además, que es difícilmente comparable el caso examinado en la STC 43/2004, de 23 de marzo, con el que se contempla en la presente cuestión de inconstitucionalidad, como hace el FJ 8 de la Sentencia de que discrepo al invocarla. En la citada Sentencia se trataba de una supuesta vulneración del derecho al honor a consecuencia de un reportaje biográfico, en el que se narraba una causa penal ante un consejo de guerra durante la guerra civil, que este Tribunal consideró protegido por la libertad científica del historiador para denegar el amparo interesado por los hijos de quien había actuado como testigo de cargo en el citado proceso. En la presente cuestión se contempla, en cambio, una conducta de distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, en los que "de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado en la comunidad judía (sic en el relato de hechos probados de la Sentencia condenatoria recaída en la primera instancia penal no contradichos, ni cuestionados o modificados en la apelación) se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial" y todo ello con el aditamento de que "la inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como las ratas" (sic igualmente en el referido relato de hechos probados). Resulta clara, pues, la existencia en el caso aquí examinado del elemento tendencial tantas veces mencionado, que dotaba de sustantividad punitiva tanto a la conducta de difusión de doctrinas negativas de los delitos de genocidio, como a los necesarios elementos distintivos de esta forma delictiva en relación con la modalidad de provocación definida con carácter general en el art. 18 CP o con las específicas de los artículos 615 y 510 del mismo cuerpo legal, que en último término, y como se ha apuntado antes, podían suponer a lo sumo un problema concursal para cuya resolución la Sala a quo no precisaba del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna.

Por todo ello, la modalidad delictiva declarada inconstitucional en la Sentencia no podía entenderse desconocedora del derecho a la libre expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones que reconoce el art. 20.1 CE y, en consecuencia, la cuestión de inconstitucionalidad debió ser desestimada

Madrid, a siete de noviembre de dos mil siete.