

“La llamada <<mentira de Auschwitz>> (art. 607-2º CP) y el <<delito de provocación>>(art. 510 CP) a la luz del <<caso Varela>>: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo penal Nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)” en *Actualidad Penal* 1999, pp. 689-715.

La llamada “mentira de *Auschwitz*” (art. 607-2º CP) y el “delito de provocación” (art. 510 CP) a la luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 3 de Barcelona de 16 de Noviembre de 1998) (*)(**)

Jon Mirena LANDA GOROSTIZA

Profesor Titular –interino- de Derecho Penal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. Introducción.- II. Antecedentes de hecho: el “negacionismo” a examen.- III. La “provocación” a la discriminación, odio o violencia y la “negación del genocidio” como “delitos de clima”.- IV. El “delito de provocación” del art. 510 CP y la figura penal del art. 607-2º CP: propuesta interpretativa y consideraciones de *lege ferenda*.

I. INTRODUCCION.

1. El vigente Código penal de 1995 ha consolidado un amplio conjunto de disposiciones específicamente dirigidas a atajar los excesos racistas, xenófobos y, en general, discriminatorios¹ que, por desgracia, parece que se prodigan y reviven peligrosamente a las

* El presente artículo se inscribe dentro del **Proyecto de investigación UPV 122.224-HA 178/98** sobre la “Tutela jurisdiccional de las minorías” financiado por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

** **Abreviaturas utilizadas:** ADPCP, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; Ant. Proc., Antecedente Procesal; AP, Actualidad Penal; Art., artículo; BGH., *Bundesgerichtshof*, *cit.*, obra citada; BOE, Boletín Oficial del Estado; Coord., Coordinador/es; CP, Código penal de 1995; CPC, Cuadernos de Política Criminal; Dir., Director/es; Ed., editor/edición; FD, Fundamento de Derecho; Hg., *Herausgeber*; HP, Hecho Probado; KJ, *Kritische Justiz*; LK, *Leipziger Kommentar*; NJW, *Neue Juristische Wochenschrift*; NPD, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*; NSTZ, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*; p./pp., páginas; Reforma de 1994, *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28. Oktober 1994*; ss., siguientes; StGB, *Strafgesetzbuch*; UAM, Universidad Autónoma de Madrid; ZRP, *Zeitschrift für Rechtspolitik*; ZStW, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*; §§, parágrafo/s.

¹ Junto a una agravante genérica por motivos xenófobos y discriminatorios (art. 22-4º CP) destacan: el delito de manipulación genética dirigido a la selección de la raza (art. 161-2º CP); el delito de amenazas dirigido a un grupo étnico, cultural o religioso, etc., (art. 170 CP); el tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos cuando de datos de carácter personal (como el origen racial, ideología, religión, etc...) se trate (art. 197-5º CP); el delito de discriminación laboral (art. 314 CP); el “delito de provocación” al odio, violencia o discriminación del artículo 510 CP; los delitos de denegación discriminatoria de prestación (art. 511 y 512 CP); el supuesto de asociación ilícita por promover la discriminación, odio, etc., (art. 515-5º CP); el delito de genocidio (art. 607-1º CP) incluida la difusión de ideas o doctrinas que nieguen el genocidio o pretendan su rehabilitación (art. 607-2º CP); y, finalmente, la regulación específica de las prácticas de segregación racial y otras prácticas inhumanas y degradantes con ocasión de conflicto armado (art. 611-6º CP). Para una clasificación abierta de estos preceptos como medidas antidiscriminatorias genéricas (art. 22-4º; 510; 515-5º; 607-1º y 2º CP) y específicas (161-2º; 170; 197-5º; 314; 511 y 512), véase LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código penal de 1995” en *Estudios Penales y criminológicos* XIX, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, p. 227 ss. En otro sentido, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 56, 57, 133 ss., clasifica las medidas

puertas del siglo XXI². Del conjunto normativo destacan dos figuras delictivas que cuentan con cierta tradición en el círculo jurídico germano³ y que en los últimos tiempos están siendo reformadas o incorporadas a aquellas legislaciones de Europa occidental que no disponían de ellas⁴: a saber, el “delito de provocación” a la discriminación, al odio o a la violencia por motivos racistas, étnicos, ideológicos, religiosos, sexuales, etc. (art. 510 CP); y la figura penal, denominada en derecho comparado la “mentira de *Auschwitz*”, que castiga la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos (art. 607-2º CP).

2. La sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 3 de Barcelona (16-11-1998) condena al acusado *Pedro Varela Geiss* a una pena de dos años de prisión por un delito continuado de genocidio previsto en el art. 607-2º CP en concurso real con otro delito continuado de

penales antidiscriminatorias como preceptos que otorgan una protección directa (art. 22-4º, 314, 510, 511, 512 y 515-5º CP) y los que dispensan únicamente una tutela indirecta (159-1º; 161-1º y 2º; 170; 197-5º; 607; 611-6º), incluyendo asimismo entre estos últimos los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos” (art. 522 a 526 CP).

² BADER, *Rassismus, Ethnizität, Bürgerschaft. Soziologische und Philosophische Überlegungen*, Westfälisches Dampfboot, Münster, 1995, p. 8 ss.; GEISS, *Geschichte des Rassismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 9 ss.; HAMM, “Conceptualizing Hate Crime in a global Context” en *Criminology. A cross-cultural perspective*, Robert Heiner (ed.), West Publishing Company, Minneapolis/ST. Pau/New York/Los Angeles/San Francisco, 1996, p. 92 ss.

³ El equivalente en Alemania al actual artículo 510 CP –y en parte también al 607-2º CP- es el parágrafo 130 StGB – *Volksverhetzung*- (“incitación a la población”) cuyos orígenes se remontan, en su versión actual, a la 6ª Ley de modificación del derecho penal (6. *Strafrechtsänderungsgesetz*) de 30 de junio de 1960. Con dicha ley se pretendía hacer frente a una ola antisemita que comenzó en la propia Alemania pero que inmediatamente se propagó a buena parte de Europa y que motivó, además de la tipificación en Alemania de la “incitación a la población” (§130 StGB), un movimiento internacional mimético en otros países europeos que han ido acogiendo versiones similares de dicha figura a partir del modelo legislativo propuesto en el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965. PARTSCH, “Neue Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhaß” en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Heft 17-18, 31. Oktober 1994, p. 429.

El citado parágrafo 130 ha permanecido sin variación alguna hasta la reciente reforma de 28 de octubre de 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) por la que, entre otros cambios sustanciales, se castiga como una más de las modalidades típicas la aprobación, negación o banalización pública del genocidio nazi cuando resulte adecuada para perturbar la paz pública (la denominada “*Auschwitzlüge*” –“mentira de *Auschwitz*”- §130-3º). Para un análisis detenido de la evolución legislativa alemana en esta materia y sobre el alcance de la nueva normativa, véase LANDA GOROSTIZA, “La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “ley de lucha contra la criminalidad” (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994” en *ADPCP*, 1996, II (en prensa). Véase, respecto del origen anterior a 1960 del delito de “incitación a la población” (§130 StGB), WEIL, *Die Aufreizung zum Klassenkampf*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 65, Schletter’sche Buchhandlung, Brelau, 1905 (Keip/Yushodo/Frankfurt am Main/Tokyo reprint 1977), especialmente, p. 4 ss.

⁴ Paradigmático es el caso de Suiza que ha introducido el art. 261bis StGB, mediante Ley Federal de 18 de junio de 1993, en vigor desde el 1 de enero de 1995, para castigar, entre otras conductas, la incitación pública al odio o la discriminación. De igual manera resulta también elocuente la reciente incriminación o ampliación del círculo típico de la denominada “mentira de *Auschwitz*”, esto es, la negación o puesta en tela de juicio del holocausto nazi contra los judíos –o versiones similares-, en países como Alemania (§130-3º StGB, introducido tras la reforma de 28 de octubre de 1994 –*Verbrechensbekämpfungsgesetz*-); Austria (§3h de la Ley de Prohibición del partido nacionalsocialista de 8 de mayo de 1945, introducido en su reforma de 1992 –*Verbotsgesetz-Novelle 1992*-); Suiza (art. 261bis –parraf.3º- StGB, introducido por Ley Federal de 18 de junio de 1993, en vigor desde el 1 de enero de 1995), o Francia (art. 24 bis de la Ley sobre la libertad de prensa de 1881, introducido por la modificación llevada a cabo por Ley nº 90-615 de 13 de julio de 1990). Con razón, afirman LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 23. Auflage, 1999, §130, 8a, la existencia de una auténtica tendencia internacional a incriminar la “mentira de *Auschwitz*” a la que se ha venido a sumar el legislador español del Código de 1995.

“provocación” a la discriminación, odio o violencia del art. 510-1º CP con la pena de tres años de prisión y doce meses-multa. Debe subrayarse el hecho de que, por un lado, se aprecie la continuidad delictiva en cada uno de los delitos y de que, por otro lado, entienda el juez que se trata de un concurso real. Además las penas finalmente impuestas son las máximas posibles conforme al marco penológico previsto en los citados artículos⁵. En definitiva, en la primera condena por este tipo de conductas se han aplicado las disposiciones legales con el máximo rigor.

Ahora bien, en la sentencia no se explica ni argumenta suficiente ni convincentemente por qué se trata de un concurso real, ni por qué se aplica la continuidad delictiva en ambos casos, ni tampoco por qué debe imponerse la máxima pena. Probablemente la novedad de las disposiciones penales a aplicar desvió el esfuerzo argumental hacia el sentido de tutela de los preceptos. Pero no se trata sólo de la novedad: hay un problema nuclear, íntimamente ligado a la cuestión de la delimitación del ámbito típico y de su objeto de protección que acaparó la atención del fallo, cual es el de la tensión en que se encuentran tanto el “delito de provocación” como la “figura apologética” del genocidio, respecto del ámbito legítimo de ejercicio, principalmente, del derecho fundamental a la libertad de expresión. Este es el aspecto principal⁶ que motivó que la defensa planteara la suspensión del plazo para dictar sentencia con base en la hipotética inconstitucionalidad de los preceptos penales y que solicitara, sin éxito, una cuestión de inconstitucionalidad (Ant. Proc. 6º). Una parte sustancial de la sentencia (FD I a V –inclusive-) se dedica a argumentar monográficamente la improcedencia de dicha cuestión de inconstitucionalidad y particularmente a intentar disipar las sospechas de que en realidad se estuvieran juzgando no “hechos” merecedores y necesitados de pena, sino puras “opiniones”, moralmente reprobables, pero inocuas al fin y al cabo.

3. El presente trabajo se va a centrar en un análisis crítico del sentido de tutela que el juez ha apuntado como propuesta interpretativa de los artículos 510 y 607-2º CP. Como se podrá comprobar, la defensa no iba descaminada cuando invocó la cuestión de inconstitucionalidad⁷ de tal suerte que, en efecto, el “delito de provocación” y la “figura apologética” del genocidio pueden

⁵ El artículo 510 CP prevé una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses; el artículo 607-2º CP castiga la conducta típica con una pena de prisión de uno a dos años. La pena finalmente impuesta supera la petición fiscal (Ant. Proc. 2º) que en su escrito de acusación y solicitud de apertura de juicio oral de 17-12-97 no iba tan lejos (2 años de prisión –el máximo- respecto del 607-2º, pero “únicamente” 2 años de prisión y diez meses-multa en relación al 510-1º). Se asume de esta manera la petición de pena que formuló finalmente una de las dos acusaciones particulares, concretamente la de las Asociaciones ATID y SOS *Racisme Catalunya*, (Ant. Proc. 3º y 5º) con la salvedad de que la cuota de la multa se estableció finalmente en 2.000 pts. y no en 10.000 pts.

⁶ Tal y como se deriva del FD I, la defensa alude no sólo a la vulneración del derecho a la libertad de expresión, sino también de los derechos y principios de tutela efectiva, seguridad jurídica, legalidad, libertad ideológica y libertad de información. Sin embargo, como habrá ocasión de comprobar, es la cuestión del legítimo ejercicio de la libertad de expresión la que realmente late como referente principal de la discusión y de la argumentación.

⁷ En esta línea, la sección 3ª de la Audiencia de Barcelona que debe conocer de los correspondientes recursos de apelación presentados contra la sentencia objeto de estudio, ha decidido presentar “cuestión de inconstitucionalidad” respecto del artículo 607-2º CP (EL PAIS, 30 abril 1999). Era este también el parecer mayoritario de la doctrina penal en nuestro país. Véase, por todos, FEIJOO SANCHEZ, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio (Artículo 607 del Código penal)” en *La Ley*, Número 4693 (1998), p. 6; DEL MISMO, “Addenda a <<Reflexiones sobre los delitos de genocidio>>” en *La Ley*, Número 4693 (1998), p. 12. Se muestra, por el contrario, conforme con la tipificación de esta figura MANZANARES SAMANIEGO, “La apología delictiva” en *AP*, Número 34 (1997), p. 763. Para un análisis crítico del antecedente de esta figura en el Código penal anterior –artículo 137 bis b- véase, CUERDA ARNAU, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología” en *Boletín de información. Ministerio de Justicia e Interior*, Número 1757 (1995), p. 114 ss, que habla de “inconstitucionalidad parcial” (p. 115).

resultar una limitación ilegítima e inaceptable de la libertad de expresión en un Estado social y democrático de Derecho. Por ello, se hará una propuesta interpretativa más matizada y restrictiva dirigida básicamente a evitar efectos perjudiciales para aquel derecho fundamental. Con todo, otros muchos son los aspectos relacionados con estos preceptos que merecerían también un comentario más detallado como, por ejemplo, la cuestión de si se trata de delitos de peligro abstracto y en qué sentido, la relación de la “provocación” del artículo 510 CP con la definición que de la provocación se hace en el artículo 18 CP, etc. Limitaciones de espacio hacen imposible un análisis exhaustivo de todas las consecuencias interpretativas aunque, de forma esquemática y sucinta, las más importantes serán en lo posible objeto de mención. Pero antes de nada, conviene presentar los hechos objeto de enjuiciamiento para pasar, a continuación, al estudio de la fundamentación jurídica.

II. Antecedentes de hecho: el “negacionismo” a examen.

1. La sentencia tiene por objeto la actividad del acusado a partir de Junio de 1996 como titular y director de la librería *Europa*, sita en Barcelona, en la que se distribuía, vendía y difundía todo tipo de material (libros, publicaciones, cartas, carteles, videos...) que, por una parte, negaba la persecución y genocidio de la comunidad judía durante la segunda guerra mundial, a la vez que, por otra parte, incitaba a la discriminación y odio contra los judíos “considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como “a las ratas”” (HP 1º). La difusión del mismo material servirá de base fáctica para la condena tanto por la actividad “negacionista” –art. 607-2º CP- como por la “provocación” a la discriminación, violencia y odio del pueblo judío –art. 510-1º CP-.

El conjunto de *Hechos Probados* se ocupa de forma más extensa y pormenorizada de acreditar la actividad de negación del holocausto que en determinar en qué términos se lleva a cabo la “provocación” a la discriminación, odio o violencia. Respecto de esta última se limita a dar por probado que el material ocupado contiene numerosos textos en los que se caracteriza al grupo étnico judío como pueblo a exterminar (HP 4º *in fine*), mientras que el resto de referencias vejatorias contra la comunidad judía se derivan de los textos dirigidos a negar el holocausto. Los Hechos Probados aparecen así como un todo en el que se entremezclan de forma natural tanto las actividades de negación (art. 607-2º CP) como de incitación o provocación a la discriminación, al odio y a la violencia (art. 510 CP). En este sentido se reproducen una serie de citas textuales de libros, como por ejemplo el “Informe Leuchter” (HP 4º B), en el que se tacha de “mentira” la existencia de cámaras de gas y el holocausto y, al mismo tiempo, se acusa al pueblo judío de su invención y propagación como “correspondería a su <<naturaleza>> mentirosa y estafadora”.

2. Nos encontramos ante el típico supuesto de lo que ha dado en llamarse actividad ideológica “revisionista”, o más precisamente “negacionista”, que se caracteriza no sólo por ofrecer una interpretación polémica o crítica sobre la historia del nacionalsocialismo a partir del estudio de nuevas fuentes o de su relectura (“revisionismo”), sino que se trata abiertamente de manipular el pasado, de negarlo, para sustituirlo por una “nueva versión” falsa como “intento de blanquear el régimen hitleriano dándole la vuelta a las responsabilidades que le incumben”⁸, con

⁸ RODRIGUEZ JIMENEZ, “La memoria histórica y los campos de concentración nazis” en *Sistema* 130/1996, p. 62. El autor distingue el “revisionismo” en general (en concreto referido a la historiografía revisionista alemana) del “revisionismo negacionista”. El primero se enmarca dentro de la reacción de una corriente de signo más bien

el fin último de servir a una estrategia política dirigida a rehabilitar el nazismo y poderlo presentar al día de hoy como una opción política “respetable” (“negacionismo”). Esta corriente ideológica de agitación, muy ligada al neo-nazismo y a los círculos de extrema derecha, y de creciente presencia internacional⁹, es precisamente la que ha impulsado la incriminación de lo que en el ámbito germánico ha venido a denominarse como la “mentira de *Auschwitz*” (*Auschwitzlüge*). En Alemania, en concreto, la regulación penal actual de la negación o banalización del genocidio nazi (§130-3 *StGB*) es consecuencia en gran medida del impacto social y político que tuvo un supuesto de agitación “negacionista” –el “caso *Decker*”- cuya enorme similitud con los hechos objeto de este comentario justifica que nos detengamos, brevemente, en su análisis.

3. Los hechos se remontan a octubre de 1991, fecha en la que el inculpado *Günther Deckert*, entonces presidente del partido de extrema derecha *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD)*, concertó una cita con el ingeniero americano *Fred Leuchter* para que éste asistiera en un hotel alemán a la emisión de una proyección de video que recogía una conferencia suya en la que se ponía en tela de juicio el holocausto contra los judíos con el fin de que, al término de la misma, pudiera responder a las preguntas de los asistentes. *Fred Leuchter*, había participado en 1988 como perito en el proceso judicial dirigido contra *Ernst Zündel* en Toronto (Canadá) por haber negado la existencia del holocausto. El ingeniero *Leuchter*, especialista en instalaciones de ejecución de prisiones americanas, se desplazó a Polonia con su equipo donde analizó “científicamente” las cámaras de gas de *Auschwitz*, *Auschwitz-Birkenau*, y *Majdanek*, llegando a la conclusión de que, por razones técnicas, nadie podía haber sido allí ejecutado mediante gas¹⁰. Conclusiones que plasmó en el denominado “*Leuchter-Report*” o Informe *Leuchter* del que, tal y como ya hemos indicado, también en el “caso Varela” se ocuparon numerosos ejemplares e incluso se transcribe una parte del mismo en los Hechos Probados. En cualquier caso, dicho “informe” se ha convertido desde su elaboración en lugar común de las corrientes ideológicas y de agitación del “negacionismo”¹¹.

Deckert fue condenado por primera vez en noviembre de 1992 por difundir la negación del holocausto así como por las consideraciones vejatorias contra el pueblo judío que se entiende que se derivan de las manifestaciones realizadas en la reunión con *Leuchter*¹². Pero el

conservador de la comunidad académica de historiadores alemanes contra el sentimiento de culpabilidad del pueblo alemán respecto de su historia reciente. Introducen un debate polémico sobre la valoración de los acontecimientos acaecidos en la época nacionalsocialista pero, en ningún caso, pretenden negar los hechos, ni menos aún hacer apología de los mismos (p. 54 ss.). Por el contrario, el “negacionismo” es una corriente claramente ideológica que, aunque aspira a presentarse en el marco de la discusión científica, constituyen en realidad una pantalla ideológica al servicio del neo-nazismo y la extrema derecha (p. 61 ss.). Esta clara distinción, no obstante, puede llegar a presentar supuestos intermedios pues, como RODRIGUEZ JIMENEZ, *La memoria, cit.*, p. 64, indica, las obras “negacionistas” pueden resultar difíciles de clasificar en la medida en que junto a obras de abierta propaganda fascista y racista, otras presentan un tono más “académico”. Desde este punto de vista, una intervención penal en este campo puede albergar el peligro de limitar –y censurar- de forma ilegítima la libre discusión científica de los acontecimientos históricos.

⁹ Destaca, desde el ámbito suizo, la conexión internacional del “revisiónismo” neo-nazi y su creciente presencia en la opinión pública MÜLLER, “Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung-Zensur im Namen der Menschenwürde?” en *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 130 (1994), p. 241. RODRIGUEZ JIMENEZ, *La memoria, cit.*, p. 63 ss., subraya su “gran desarrollo” en los últimos años, particularmente en Francia y en los Estados Unidos.

¹⁰ *NJW* 1994, pp. 2494 y 2495.

¹¹ RODRIGUEZ JIMENEZ, *La memoria, cit.*, pp. 66 y 67.

¹² Reunión en la que finalmente no se proyectó ningún video pero en la que *Leuchter* disertó sobre el informe que había preparado en su momento sobre los campos de concentración –“informe *Leuchter*”-, disertación que iba

impacto social y político de este caso se debe a la segunda sentencia condenatoria que se emitió a consecuencia de que el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) había ordenado la suspensión de la primera con base en los recursos presentados¹³. En efecto, el 22 de junio de 1994 la “Audiencia Provincial” (*Landgericht*) de *Mannheim* vuelve a condenar al líder extremista por los mismos hechos pero incluye una serie de consideraciones relativas a la determinación de la pena del delito de “incitación a la población” (§130 *StGB*) absolutamente escandalosas pues vienen a reconocer efectos atenuatorios a la convicción neo-nazi del autor en el sentido de su ideología “revisionista-negacionista”¹⁴.

La polémica que se desató se acabó por centrar, no obstante, en torno a la consideración jurídica que debía merecer la “simple” negación o puesta en tela de juicio del holocausto ejecutado por los nazis y a la conveniencia de que dichas manifestaciones se castigaran penalmente. Para comprender exactamente los términos de la discusión debe aclararse previamente una importante distinción –“mentira de *Auschwitz* **cuálificada**” frente a “mentira de *Auschwitz* **simple**”- que tiene relación directa con la práctica jurisprudencial respecto del delito de “incitación a la población”. A tenor de la interpretación por los tribunales alemanes de la conducta típica del parágrafo 130 *StGB* no cabía duda ninguna de que las manifestaciones justificadoras, banalizadoras o negadoras del holocausto que supusieran además una clara identificación con el régimen nacionalsocialista y su ideología racista antisemita integraban el tipo de “incitación a la población” –*Volksverhetzung*-¹⁵ (“delito de provocación”), ya que implicarían la

siendo traducida simultáneamente por *Deckert* al alemán. La conferencia se centró en negar “científicamente” que se hubiera podido llevar a cabo el exterminio de 6.000.000 de judíos mediante gas, aludiéndose a la “mentira de las cámaras de gas” o al “mito de las cámaras de gas” y a que se acabe de una vez con la mentira del “*Holo*” (término irónico con el que *Deckert* se refería al “holocausto”). El tribunal considera probado que la negación en tales términos del holocausto resulta denigratoria para el pueblo judío en general, y para la minoría judía que vive en Alemania en particular, y entraña una auténtica acusación de “estafadora” y “chantajista” dirigida contra la comunidad judía. A la reunión asistieron unas 120 personas –de círculos de extrema derecha o correligionarios del *NPD*- y un equipo de televisión de la *Südwestfunk Baden-Baden*. *NJW* 1994, p. 2495.

¹³ La primera sentencia condenatoria la falla la “Audiencia Provincial” de *Mannheim* el 13 de noviembre de 1992 imponiendo una pena de un año con remisión condicional por el delito de “incitación a la población” (§130 *Volksverhetzung*, según la versión anterior a la Reforma de 1994) en “concurso” (*Tateinheit*) con delitos de provocación al odio racial (§131 *Aufstachelung zum Rassehaß*, en su versión anterior a la Reforma de 1994) y de injurias (§186 *Üble Nachrede*; §189 *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*). Presentaron recurso de revisión tanto la Fiscalía (por la baja cuantía de la pena impuesta y contra la suspensión condicional) como la defensa (pidiendo la absolución) y el *Bundesgerichtshof*, por sentencia de 15 de marzo de 1994, dejó en suspenso el fallo de instancia remitiendo el caso a otra sala diferente del Tribunal de *Mannheim* para que dictara nueva sentencia que fue la que, a la postre, desencadenó el escándalo. *NJW* 1994, pp. 1421 y 2494.

¹⁴ El juez estimó como factores atenuatorios, en primer lugar, el hecho de que *Deckert* hubiera estado desde hace décadas en la política activa y envuelto en duros enfrentamientos en dicho contexto lo que constituiría “una fuerte tentación de desprecio hacia el derecho penal”. También se valora el hecho de que actuaba en el convencimiento de proceder según la verdad y sin ánimo de lucro ninguno, motivado, en definitiva, por la aspiración de “reforzar la capacidad de resistencia del pueblo alemán contra las pretensiones de los judíos derivadas del holocausto”. Añade, además, el juez, que no se ha dejado fuera de consideración el hecho de que “Alemania se vea expuesta, todavía después de pasados unos 50 años desde el final de la guerra, a continuas exigencias de tipo político, moral y financiero, mientras que los asesinos en masa de otros pueblos permanecen impunes, lo cual, sea como fuere y desde el punto de vista político del acusado, representa una pesada carga para el pueblo alemán”. Por último también se valora como una “decisión en conciencia digna de respeto” el hecho de que en el pasado fuera apartado de su puesto de funcionario de profesor por su actividad política como miembro activo del partido de extrema derecha *NPD*, en el sentido de que no optó, ante el proceso disciplinario correspondiente, por abandonar su activismo político, sino que decidió continuar a pesar de las duras consecuencias que le iba a reportar. *NJW* 1994, pp. 2498 y 2499.

¹⁵ Véase, por todos, BEISEL, “Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge” en *NJW* 1995, pp. 997 y 998.

negación del derecho a la vida de los miembros del colectivo judío. Se hablaba entonces de “mentira de *Auschwitz* **cualificada**” por cuanto la identificación con el régimen e ideología nazis constituía un “ataque a la dignidad humana” que era un elemento típico esencial según el párrafo 130 *StGB*¹⁶. Elemento que venía siendo interpretado como la necesidad de que la “provocación” fuera de tal clase que no bastaba con que se afectaran los derechos de la personalidad (por ejemplo, el honor) de los judíos o miembros de otro grupo de población, sino que era absolutamente imprescindible que la conducta incitadora afectara al núcleo mismo de la personalidad, infiriéndose con claridad que los sujetos atacados eran considerados inferiores, negándose el principio de igualdad y cuestionándose su derecho a la vida¹⁷. Con otras palabras no toda negación, justificación, banalización o puesta en tela de juicio del holocausto integraba el tipo de “incitación a la población”; sólo si de las manifestaciones incitadoras se colegía con claridad que se negaba el derecho a la vida de los judíos, entonces se “cualificaba” la “mentira” y se debía aplicar el parágrafo 130 *StGB* pues se había producido el aludido “ataque a la dignidad humana”.

Por el contrario, respecto de la “mera” negación del holocausto (“mentira de *Auschwitz* **simple**”), esto es, la puesta en cuestión, negación o la banalización del genocidio con base en abundante “material histórico”, pero sin un contenido claramente agitatorio¹⁸, se discutía si debía tener relevancia penal siquiera como injuria¹⁹. Desde luego, la restrictiva interpretación jurisprudencial respecto de lo que había de entenderse por “ataque a la dignidad humana” dejaba en la mayoría de los casos fuera del tipo de “incitación a la población” del §130 esta clase de manifestaciones por cuanto no implicaban necesariamente una negación del derecho a la vida de los judíos ni el consiguiente “ataque a la dignidad humana”.

¹⁶ No podemos detenernos a hacer una descripción siquiera elemental de los elementos típicos del parágrafo 130 cuya complejidad ha merecido que la doctrina alemana lo califique como el “laberinto” ya antes de la reforma de 1994. GEILEN, “Zur Problematik des volksverhetzenden Leserbriefs” en *NJW* 1976, p. 280; STRENG, “Das Unrecht der Volksverhetzung” en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987, p. 501. Después de la *Verbrechensbekämpfungsgesetz* de 1994 el tipo se ha ampliado y complicado aún más. Baste, no obstante, con señalar que las conductas básicas de la “incitación a la población” requerían antes de la reforma citada que se produjera siempre un “ataque a la dignidad humana”. Se debía constatar, en consecuencia, una “incitación al odio”, “la exigencia de medidas violentas o arbitrarias”, o “el insulto, menosprecio malicioso o la calumnia” contra una “parte de la población” que constituyera, además, un “ataque la dignidad humana” y de forma “adecuada para perturbar la paz pública”. Una comparación precisa entre el tenor antiguo y actual del parágrafo 130 puede encontrarse, por todos, en VON BUBNOFF, *Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Burkhard JÄHNKE/Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE/Walter ODERSKY (Hg.), 20. Lieferung: §§125-141, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 11. Auflage, 1996, §130, 1 ss.; también, desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones internacionales al respecto, PARTSCH, *Neue Maßnahmen, cit.*, p. 429 ss.

¹⁷ Para una interpretación de este elemento típico hasta antes de la Reforma de 1994, véase, por todos, LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, SCHÖNKE/SCHRÖDER, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 24. Auflage, 1991, §130, 7.

¹⁸ VON BUBNOFF, “Die Strafrechtliche Bekämpfung rechtsextremistischer Aktivitäten” en *ZRP* 1982, pp. 118 y 119.

¹⁹ Ya el *BGH*, en sede civil, había dejado sentado que la negación del holocausto nazi constituía una injuria contra cada uno de los judíos de la República Federal Alemana (sentencia de la 6ª sala civil del *Bundesgerichtshof* del 18 de septiembre de 1979). Sin embargo, la doctrina penal dudaba que la mera negación del holocausto constituyera una injuria según la normativa vigente anterior a la reforma de 1994. Véase, por todos, WEHINGER, *Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppe durch die §§185ff. und §130 StGB*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, p. 68. No obstante parece confirmarse que, precisamente a partir del “caso *Decker*”, la pura negación debía considerarse como injuria. DAHS, “Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 - ein Produkt des Superwahljahres” en *NJW* 1995, p. 554; KÖNIG/SEITZ, “Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes” en *NStZ* 1995, p. 3.

En el “caso *Deckert*” a pesar de que, a mi juicio, los hechos eran claramente constitutivos de una “mentira de *Auschwitz* simple”²⁰ los jueces dan por probado que negar el holocausto tal y como el líder neo-nazi lo hizo, implica también una afeción de los derechos de los miembros de la comunidad judía en su mismo núcleo: esto es, deciden aplicar el tipo de “incitación a la población” pues entienden que se constata también un “ataque a la dignidad humana” que cualifica la mentira y convierte en típica -según el parágrafo 130 *StGB*- la manifestación provocadora. Sin embargo, el efecto que produjo el escándalo a que dio lugar la atenuación posterior de la pena por sus “convicciones” fue el de ayudar a dar el impulso final a una reforma legislativa que incriminara de forma expresa y clara dentro del parágrafo 130 *StGB* la “mentira simple de *Auschwitz*” como una modalidad típica más de “incitación a la población”²¹. El mensaje que el fallo judicial envió a la ciudadanía fue el de que el “negacionismo” no es tan reprochable a pesar de que en la tipificación de los hechos se optó, de forma paradójica y contra la práctica jurisprudencial mayoritaria, por aplicar el “delito de provocación” en lugar de un delito de injurias o de declarar su atipicidad. Pese a ello, no obstante, parecía traslucirse una cierta tibieza y confusión en la actuación contra este tipo de manifestaciones. Por ello el legislador se siente urgido a zanjar la polémica con una ampliación del tipo que facilite el castigo de la “simple” negación del holocausto.

La escandalosa argumentación judicial que reconoció efectos atenuatorios a la convicción “revisionista-negacionista” del inculpado, desembocó, pues, finalmente, en una inclusión de ese tipo de conductas como una modalidad más de “delito de provocación” (§130 *StGB*), de suerte que en la actualidad la distinción entre “mentira simple” y “cualificada” ha perdido gran parte de su sentido, por cuanto ambas integran ahora el tipo de “incitación a la población”²².

4. Como se ha podido comprobar, y a este punto queríamos llegar, siendo los casos “*Deckert*” y “*Varela*” sustancialmente idénticos desde el punto de vista fáctico, situados ambos en el círculo de manifestaciones agitatorias negacionistas de clara impronta neo-nazi, mientras que el juez alemán termina por condenar por un solo “delito de provocación”, el juez español entiende que se produce un concurso –real- de delitos entre la figura de la “provocación” del art. 510 CP y la “negación del holocausto” del art. 607-2º CP. Lo que en Alemania no es en la actualidad sino una modalidad más de “incitación a la población”, muy discutida y criticada por cierto²³, ubicada sistemáticamente dentro del genérico “delito de provocación” del parágrafo 130,

²⁰ Me remito a los Antecedentes de Hecho de la sentencia (*NJW* 1994, pp. 495 y 2496) en los que, por un lado, se reproduce la conferencia de Leuchter y las traducciones posteriores de *Deckert* y, por otro, las consideraciones que realiza el juez sobre lo que debe darse por probado. Se constata en efecto que se niega el holocausto, e incluso que se ironiza al respecto, pero no hay declaración expresa ni evidente por parte del líder nazi de que se identificara con la política antisemita y de eliminación racista del nazismo. No está claro, ni mucho menos, que se produzca el “ataque a la dignidad humana” en los términos en que tradicionalmente lo exigía la jurisprudencia alemana.

²¹ La reforma de 1994 –*Verbrechensbekämpfungsgesetz*- no preveía en un principio la incriminación de la “mentira simple de *Auschwitz*” pero, tal y como la doctrina señala, razones puramente políticas, relacionadas con el “caso *Deckert*”, “forzaron” su inclusión durante el proceso legislativo lo que dio lugar al actual párrafo 3 del §130. BEISEL, *Die Strafbarkeit*, cit., p. 998; FROMMEL, “Fremdenfeindliche Gewalt, Polizei und Strafjustiz” en *KJ* 1994, p. 324; KÖNIG/SEITZ, *Die Regelungen*, cit., p. 3; VON BUBNOFF, *LK* 1996, cit., §130, 41.

²² Si bien es cierto que tendrá relevancia a efectos de pena, ya que la “mentira cualificada” –§130-1º- se castiga en todo caso con pena privativa de libertad de 3 meses a 5 años, mientras que a la “mentira simple” –§130-3º- se aplica una pena alternativa de pena privativa de libertad de hasta 5 años, o una multa.

²³ Véase, por todos, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch* 1999, cit., §130, 1 y 8a, quienes indican la dudosa legitimidad de un precepto que castiga con una pena la pura negación de un hecho histórico. También TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H. Beck’s Verlagbuchhandlung, München, 49.Auflage,

resulta que conforme al nuevo Código penal español integra una figura penal separada formalmente de nuestro “delito de provocación” –art. 510 CP- y ubicada sistemáticamente en el delito de genocidio –art. 607-2º CP-. Un supuesto como el del “caso Varela” se consideraría en el país germano como un conjunto de manifestaciones que pueden ser constitutivas del “delito de provocación” mientras que entre nosotros, al menos según la sentencia a estudio, integran dos tipos al parecer claramente diferenciados.

Más allá de comparaciones formales, la cuestión clave es si realmente el “delito de provocación” del artículo 510 CP y la conducta “apologética” del art. 607-2º CP tienen sentidos de tutela diferentes y protegen bienes jurídicos también distintos, como, por otra parte, se afirma en el fallo del juez de Barcelona (FD VII), o si, por el contrario, apuntan más bien hacia un mismo sentido de tutela por más que se ubiquen sistemáticamente en preceptos separados.

III. La “provocación” a la discriminación, odio o violencia y la “negación del genocidio” como “delitos de clima”.

1. No resulta excesivamente clara la interpretación propuesta en la sentencia, en primer lugar, porque se elude una declaración expresa sobre cuál es el bien jurídico tutelado en los preceptos. A este respecto, hay referencias indirectas, pero a falta de un pronunciamiento nítido habremos de inferir el sentido de protección que se sugiere a través sobre todo de las argumentaciones que sirven de apoyo a la consideración –esta sí clara y expresa- de que nos encontramos, en ambos casos, ante figuras autónomas configuradas como delitos de peligro abstracto (FD VI y VII).

2. En relación a la “figura apologética” del art. 607-2º CP, coincidiendo con el parecer mayoritario de la doctrina²⁴, se niega en la sentencia el carácter de apología en el sentido del artículo 18 del vigente Código penal y se reconoce que se trata de un adelantamiento de barreras punitivas aún más drástico como tipo penal autónomo. En concreto, se trataría de una suerte de “tipo atenuado” del genocidio enderezado a prohibir la difusión de ideas o doctrinas “cuando concurre un concreto y evidente riesgo de generar actos que conculquen de forma grave derechos fundamentales de una pluralidad de ciudadanos” (FD VI). Esta inicial declaración del sentido de tutela general enlaza en parte con la propuesta interpretativa que STRENG lleva a cabo en Alemania respecto del delito de “incitación a la población” (§130 StGB) precepto que, recordémoslo una vez más, acoge también la incriminación de las conductas que constituyen la

1999, §130, 18, 18a. En el mismo sentido, aludiendo además al “caso Deckert”, FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones, cit.*, p. 5 (especialmente pie de página 57).

²⁴ Véase, por todos, SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 157, quien asegura, a partir de una interpretación sistemática, que el artículo 607-2º CP representa no una “apología” según el artículo 18 CP, sino, más bien, una “provocación débil o una apología *stricto sensu*, o ni siquiera eso”. Con razón habla FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones, cit.*, p. 4, de la “mal denominada <<apología del genocidio>>” ya que sólo cabría calificar de tal a aquella que “por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer delito” según el nuevo artículo 18 CP (véase, por todos, ASUA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos” en *La Ley*, Número 4556 (1998), p. 2 ss.; DEL ROSAL BLASCO, “La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995” en *CPC* 1996, p. 87 ss.; REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, tirant lo blanch, Barcelona, 1997, p. 129). Compartimos esta postura pero a lo largo del trabajo utilizaremos la expresión “figura apologética” por su valor expresivo y gráfico del contenido del artículo 607-2º CP, entendiendo la “apología” en tal caso en un sentido más amplio y genérico, o, siguiendo a MANZANARES SAMANIEGO, *La apología, cit.*, p. 762, en un sentido “doctrinal”.

denominada “mentira de *Auschwitz*” como una modalidad más de “delito de provocación” general. Dicho autor, que representa una postura absolutamente minoritaria en la doctrina germana²⁵, viene también a describir el precepto como un “delito contra la humanidad” que perseguiría proteger adelantadamente a determinados “grupos sensibles” frente a ataques de especial gravedad, como el genocidio, situando el bien jurídico protegido en torno a la “dignidad humana” de los miembros del colectivo correspondiente²⁶.

En modo coincidente la sentencia también precisa que la conducta típicamente relevante no tiene por qué ser una incitación directa a delinquir sino que basta para integrar el tipo con provocaciones “implícitas” como la “negación o justificación de las conductas genocidas que constituyan un claro ataque a la **dignidad humana** del grupo social o étnico perseguido” (FD VI –subrayado nuestro-). No queda del todo claro si con la referencia a la dignidad humana se pretende delimitar el bien jurídico protegido ya que parece más bien aludirse a una protección adelantada de bienes individuales de los miembros del grupo afectado, pero, sea como fuere, la orientación interpretativa es, desde este punto de vista, notoriamente similar. Con todo, hasta aquí llegan las coincidencias con el autor alemán aludido, pues a continuación el juez añade una serie de precisiones que sitúan el precepto, a mi juicio, en la línea de lo que se ha venido a denominar en la doctrina como “delito de clima”.

3. JAKOBS, en su conocido trabajo sobre la criminalización “adelantada”²⁷, ya plantea en relación a los delitos de peligro abstracto el problema fundamental sobre su legitimidad o ilegitimidad en un Estado de libertades habida cuenta de que dichas figuras entrañan anticipaciones de la punibilidad, “adelantamientos”, que pueden suponer intromisiones inaceptables en el ámbito interno de los ciudadanos. Está en juego, con otras palabras, determinar si dichos preceptos en general –y cuáles de ellos en particular- suponen “delitos de opinión” en los que se castigaría ilegítimamente el pensamiento, en cuanto tal, al margen de que constituya una perturbación externa, dentro de la rechazable lógica totalitaria de un “derecho penal de enemigos” que desconoce el principio *cogitationis poenam nemo patitur*²⁸. Ante esta grave cuestión va a referirse el autor alemán como “delitos de clima” en sentido crítico a un conjunto de figuras protectoras de la “paz pública” orientadas a la tutela de un “clima” favorable al derecho y entre las que sitúa al delito de “incitación a la población” (§130 *StGB*)²⁹. Se pronuncia así contra la propuesta interpretativa dominante en la doctrina penal alemana según la cual la conducta de “incitación a la población” es típica si es idónea para crear las condiciones para que los sujetos incitados actúen en el sentido de la provocación y se produzca un efecto multiplicador de conductas hostiles, violentas, de menosprecio e insulto contra determinados grupos de población. En definitiva, se castigaría la “provocación” porque crea un “clima psíquico”

²⁵ La doctrina mayoritaria sitúa el bien jurídico protegido <<en primera línea>> en torno a la “paz pública”. Véase, por todos, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch 1999, cit.*, §130, 1; LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, SCHÖNKE/SCHRÖDER, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 25. Auflage, 1997, §130, 1 y 1a; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch 1999, cit.*, §130, 1a.

²⁶ STRENG, “Das Unrecht der Volksverhetzung” en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987, pp. 506 ss.

²⁷ JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung” en *ZStW 97* (1985), pp. 751-785. Existe traducción al castellano de PEÑARANDA RAMOS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas/UAM, Madrid, 1997, pp. 293-324.

²⁸ JAKOBS, *Criminalización, cit.*, p. 294 ss. Véase, también en este sentido, respecto de las implicaciones de un entendimiento subjetivo de la antijuridicidad, TORIO LOPEZ, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito” en *ADPCP 1989*, p. 509 ss.

²⁹ JAKOBS, *Criminalización, cit.*, p. 313 ss. (especialmente pp. 314, 317, 320).

adecuado para que proliferen las conductas a que se incita, generándose “potenciales de violencia”³⁰.

Las iniciales referencias de la sentencia que nos ocupa a la figura del artículo 607-2º CP como tipo adelantado y atenuado del genocidio acaban desembocando, a mi juicio, en una propuesta interpretativa propia de un “delito de clima” en el sentido criticado por JAKOBS. Se señala así que la “esencia de la ilicitud” de la “figura apologética” se cifra en el “mensaje” de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio, configurándose la conducta como un delito de peligro abstracto en cuanto generador de “un **clima** de violencia y hostilidad que, en sí mismo y de forma inmediata, podría concretarse en actos específicos de violencia o discriminación ejecutados por terceros, destinatarios de dicho mensaje” (FD VI –subrayado nuestro-).

Al margen de la confusa e indeterminada referencia a la dignidad humana antes señalada, parece apuntarse una imagen típica según la cual la difusión de ideas o doctrinas negadoras o justificadoras del genocidio o que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadores de los mismos, son conductas idóneas y adecuadas para poner en peligro los bienes jurídicos individuales de los miembros del correspondiente grupo de población. Sería una forma “indirecta” de animar, de “incitar” al menosprecio y a la violencia –incluso genocida- contra un determinado colectivo humano. Al negarse, como en el caso que nos ocupa, que en *Auschwitz* fueran gaseados los judíos o justificarse la necesidad de los campos de concentración se estaría creando un ambiente, un “clima psíquico” que albergaría un enorme “potencial de violencia”, una suerte de preparación –de adelanto- de una nueva eliminación genocida de los judíos en nuestro país. En definitiva, se estaría, al parecer, allanando el camino para el advenimiento de un “paso del mensaje al acto”, del desprecio manifestado a los actos discriminatorios y violentos a gran escala.

En la misma línea, y a pesar de que se asegura que se trata de “bienes jurídicos distintos”, también sugiere la sentencia respecto a la figura de “provocación” del artículo 510 CP una interpretación del sentido de protección que configura al tipo como delito de peligro abstracto dirigido a prevenir que se creen las condiciones –el “clima”- “incitador” de conductas de discriminación, violencia u odio. Las similitudes como se va a comprobar son evidentes. En efecto, se subraya también que como delito de riesgo, si bien no se genera ninguna situación “fáctica” concreta, la incitación para ser típica no tiene por qué generarla ya que representa la “antesala” de dichas conductas “al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrolle en un futuro más o menos ineditato”. Se pretende prevenir, continúa el razonamiento, “que se llegue a inculcar en los destinatarios de la difusión una **actitud** hostil, de rechazo y violencia, que a la postre desemboque en actos concretos de agresión o discriminación” (FD VII –subrayado nuestro-). La provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos integraría, con otras palabras, una “conducta” idónea para generar una actitud a la que se identifica como germen de potenciales “actuaciones” lesivas de los destinatarios del mensaje agitatorio. Este último aspecto relativo a la “actitud”, aunque se destaca más respecto del “delito de provocación” del artículo 510 CP, también está presente en el caso de la “figura

³⁰ La literatura al respecto es amplísima. Véase, por todos, LENCKNER, *Strafgesetzbuch 1997, cit.*, §130, 10; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON, Band II, Besonderer Teil (§§80-358), 35. Lieferung, Stand: Juli 1995, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied/Kriftel/Berlin, 5. Auflage, 1995, §130, 2; VON BUBNOFF, *LK 1996, cit.*, §130, 13b.

apologética” del artículo 607-2º CP cuando se señala como elemento implícito del delito de riesgo la peligrosidad e idoneidad para “crear en otros la citada actitud hostil generadora de atentados específicos de la vida, salud, la dignidad o la integridad física y/o moral de los demás” (FD VI).

4. Ambos preceptos, aunque de forma confusa, reciben por parte del juez una interpretación similar que permite, a mi juicio, concluir que el sentido de tutela a que apunta la sentencia es prácticamente idéntico para ambas figuras aunque se distingan luego formalmente. A pesar de omitirse una referencia suficientemente clara al bien jurídico protegido o de las confusas referencias a la dignidad humana, presentan ambos tipos una clara configuración como figuras protectoras de la “paz pública”, como delitos de peligro abstracto en que se busca prevenir la creación de las condiciones –el “clima”- en el que pueden proliferar conductas lesivas de los bienes jurídicos individuales de los miembros de determinados colectivos. No debería, por otra parte, resultar extraño que se tienda a encontrar un sentido de tutela similar en ambas figuras habida cuenta de que, en definitiva, ambas responden a la inquietud que despiertan las manifestaciones xenófobas, representando la “figura apologética” una forma particular y concreta de llevarlas a cabo³¹. Cuestión distinta es la valoración crítica que cabe realizar sobre esta propuesta de interpretación como “delitos de clima” protectores de la “paz pública”³². Indicábamos anteriormente que significadamente JAKOBS en la doctrina alemana rechazaba como ilegítimas estas figuras penales y entre ellas al delito de “incitación a la población” (§130 StGB). A esa crítica se suma también de forma acertada la incipiente doctrina española respecto de los artículos 510 y 607-2º CP. A continuación trataremos de sintetizar las objeciones más relevantes al respecto.

A. En primer lugar, debe destacarse el inaceptable grado de indeterminación que supone la admisión del “delito de clima” por cuanto viene asociado a la “paz pública” u “orden público” como bien jurídico protegido. Un tal objeto de tutela resulta inadecuado para contribuir a una interpretación de los delitos a estudio con un mínimo de precisión. Sectores de la doctrina alemana así lo han destacado respecto de la figura de la “incitación a la población” del StGB³³ y también la doctrina española en relación a los preceptos correspondientes del Código penal. En concreto LAURENZO COPELLO asegura que una interpretación en tal sentido llevaría a resultados insatisfactorios en nuestro país debido a que la indeterminación de un bien como la “paz pública” conduce a que resulte igualmente difuso el efecto del comportamiento punible

³¹ Limitaciones del estudio impiden un análisis más detallado en este sentido. Baste con indicar que en el ámbito germánico, donde tienen origen estas figuras delictivas, la discusión en torno a la denominada *Auschwitzlüge* siempre ha estado ligada a la reforma o introducción del delito de “provocación” como lo demuestra el hecho de que, al día de hoy, insistimos una vez más, la “mentira (simple) de *Auschwitz*” se integra en el delito de “incitación a la población” (§130 StGB *Volksverhetzung*) como una más de sus modalidades típicas. Conviene también recordar que los movimientos ideológicos y agitatorios del “revisiónismo negacionista” no son sino una forma concreta de discurso xenófobo que por su relevancia, por supuesto en Alemania, pero también, en general en el mundo occidental, han merecido también una atención especial –*ad hoc*- desde el punto de vista legislativo-penal.

³² Una valoración muy distinta de la sentencia puede encontrarse en GOMEZ NAVAJAS, “Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el CP 1995” en *La Ley*, Número 4790 (1999), pp. 1-10, que califica el fallo de “pionero” y espera que se convierta en “referente en adelante por la coherencia de sus razonamientos jurídicos” (p. 7).

³³ Así respecto del delito de “incitación a la población” alemán como precepto protector de la “paz pública” véase, por todos, las críticas de indeterminación a que aboca destacadas por STRENG, *Das Unrecht*, cit., pp. 509 y 510. Desde el ámbito suizo véase, también, NIGGLI, *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261 bis StGB und Art. 171c MStG*, Schulthess polygraphischer Verlag, Zürich, 1996, p. 24 ss.

sobre el mismo. Las referencias al “clima” de intranquilidad y otras en sentido parecido no constituirían criterios suficientemente precisos, de suerte que terminaría por ser finalmente el juez quien debería concretar la conducta típica al aplicar la ley. En definitiva, concluye acertadamente la autora, la inconcreción de un tal bien jurídico traslada al juez la decisión de definir los contornos del delito³⁴.

B. En segundo lugar, también debe subrayarse el riesgo de incriminación de la pura actitud interna (*Gesinnungsinkriminierung*) que alberga la interpretación de estos preceptos como “delitos de clima”³⁵. O dicho con otras palabras: el adelantamiento de barreras punitivas que representa la incriminación de una “provocación” a conductas no necesariamente delictivas (discriminación, violencia) e incluso a sentimientos (odio), o la mera negación o justificación de hechos históricos de genocidio, tensiona al máximo el conflicto entre el interés que se pretende tutelar y el legítimo ámbito de ejercicio de las libertades de expresión e ideológica en el marco de un derecho penal conforme al modelo del Estado social y democrático de Derecho. El hecho de que la literalidad de los preceptos apunte a una “provocación” *sui generis* o a una suerte de “figura apologética” no necesariamente a interpretar según el sentido del artículo 18 CP³⁶ urge a

³⁴ LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, cit., pp. 237, 238 y 239. Acertadamente ya vaticinaba la autora que no sería de extrañar que, como en Alemania, se intentara una interpretación de estos delitos como preceptos protectores de la paz pública (p. 226, pie de página 6), habida cuenta de su relación con la figura de la apología y del hecho de que no pocos autores han vinculado a ésta con el “orden o la paz públicas”. En sentido similar, FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, cit., p. 6, destaca, más allá de la figura del artículo 607-2º CP, la actitud crítica de la doctrina ante la apología como delito autónomo de “clima”. A este respecto también, por todos, CUERDA ARNAU, *Observaciones*, cit., p. 104 ss. y bibliografía allí recogida.

³⁵ Al margen de su consideración como “delitos de clima”, las reticencias en la doctrina ante los artículos 510 y 607-2º CP por amenazar libertades fundamentales –principalmente la de expresión- y su caracterización, por tanto, como “delitos de opinión” es generalizada. Véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, cit., pp. 75 ss., y 138 ss. Véase, respecto del precepto alemán, la penetrante crítica de KÖHLER, “Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten” en *NJW* 1985, p. 2390 ss., que aunque referida únicamente a la “mentira (simple) de Auschwitz” es perfectamente extensible al conjunto del delito de “incitación a la población”. En sentido similar véase, también, BEISEL, *Die Strafbarkeit*, cit., p. 1000 ss.; HUSTER, “Das Verbot der ‘Auschwitzlüge’, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht” en *NJW* 1996, p. 487 ss.

³⁶ Respecto al **artículo 510 CP** parece decantarse la doctrina española de forma mayoritaria por un entendimiento del término “provocar” en los términos en que éste se define en el artículo 18 CP. Así: MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia, 11ª ed., 1996, p. 707; PUYOL MONTERO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, p. 4517; SERRANO GOMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 1997, pp. 829 y 830. Con matices, sobre todo en relación a la imposibilidad de referir la “provocación al odio” a hechos delictivos: BERNAL DEL CASTILLO, *Discriminación*, cit., p. 76 ss.; CANCIO MELIA, *Comentarios al Código penal*, Dir. RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1274 y 1275; CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios al Código penal de 1995*, Coord. VIVES ANTON, tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 2003; PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, Dir. COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 687 y 688. Un sector significativo de la doctrina, al que nos adherimos, defiende la no aplicación estricta del artículo 18 CP a la “provocación” del artículo 510 CP por entender que no necesariamente se trata de conductas de incitación a hechos delictivos. LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, cit., p. 253 ss.; véase, también, TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al nuevo Código penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES/Coord. VALLE MUÑIZ, Aranzadi, Pamplona, p. 2080 que habla de provocación *sui generis*.

En relación al **artículo 607-2º CP**, por el contrario, la mayoría de la doctrina, a la que nos adherimos, se decanta por la imposibilidad de aplicar el artículo 18 CP al precepto. BENEYTEZ MERINO, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, 1997, p. 4987; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, cit., p. 138; FEIJOO SANCHEZ, *Comentarios al Código penal*, Dir. RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997, p. 1422 ss.; DEL MISMO, *Reflexiones*, cit., p. 4; GONZALEZ RUS, *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, Dir. COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 972; LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, cit., p. 268; MANZANARES SAMANIEGO, *La apología*, cit., p. 762;

presentar argumentos convincentes que justifiquen esta aparente desviación de los criterios político-criminales generales adoptados en el Código. El problema se plantea a la hora de delimitar dónde se encuentra -y cómo trazar- la frontera entre la mera opinión inocua y una conducta merecedora y necesitada de pena. En tal empeño la delimitación del bien jurídico protegido ha de tener la función de ser un primer elemento necesario, aunque no suficiente³⁷, que sirva de base para legitimar en su caso la incriminación de conductas que lo lesionen o pongan en peligro, neutralizándose en tal caso las susceptibilidades ante una eventual limitación ilegítima de las libertades fundamentales aludidas. Pero si el bien jurídico que se insinúa presenta contornos tan difusos como los de la “paz” u “orden” públicos, la sospecha de que nos encontramos ante preceptos inaceptables se confirma. Debe insistirse que no se trata de la provocación directa a delinquir, sino de una incitación indirecta y en extremo genérica por cuanto se imputa al acto de provocación inicial –o a la negación de hechos históricos como “modalidad provocadora”- eventuales hechos delictivos futuros a partir de la “actitud” de odio que “puede” contribuir a despertar o consolidar. Incluso en los supuestos de incitación a la violencia o a la discriminación la referencia a un delito concreto es muy lejana remitiéndonos una vez más al salto lógico de pretender ligar invocaciones agitatorias genéricas con conductas delictivas concretas cuyo enlace normativo se presume, de manera que si el bien jurídico que se pretende tutelar presenta también altas cotas de indefinición, el espectro de conductas que pueden integrar el tipo convierten a estos preceptos en instrumentos de censura³⁸ de una amplitud insostenible para cualquier Estado que se precie de democrático, social y de Derecho.

C. Por si no fueran suficientes las objeciones ya expuestas, y en estrecha relación con ellas, conviene aún resaltar, en tercer lugar, otro aspecto criticable de la lógica subyacente a la aceptación de este tipo de figuras delictivas tal y como han sido interpretadas en la sentencia que nos ocupa. Se trata de la consideración implícita que entrañan en relación a los sujetos destinatarios del mensaje “provocador”. Si se parte del presupuesto de que tanto el “delito de provocación” del artículo 510 CP, como la “negación del holocausto” del artículo 607-2º CP representan incitaciones genéricas “peligrosas” ya que favorecerían “mediatamente” el advenimiento de futuras actuaciones delictivas contra los miembros del colectivo correspondiente, se estaría asumiendo también que, en definitiva, el “provocador” del “clima” es responsable de la futura actuación de otros sujetos que eventualmente decidieran a su vez actuar de conformidad con el mensaje agitatorio. Se produce así, a mi juicio, un salto en la imputación desconociéndose que cuando la “incitación” es tan genérica todavía falta una decisión posterior “libre” y plenamente imputable de actuar según la actitud hostil, violenta, discriminatoria o de eliminación genocida que el agitador ha contribuido a generar o despertar.

JAKOBS tiene el mérito de haber contribuido decisivamente a destacar de forma radical este aspecto³⁹. El autor alemán en su esfuerzo por encontrar las claves que permitan determinar

SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código*, cit., p. 157; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, cit., p. 2285. Sólo un reducido sector doctrinal (CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios*, cit., p. 2161; MUÑOZ CONDE, *Parte especial 1996*, cit., p. 657; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, cit., p. 2286) para evitar la tacha de inconstitucionalidad del mismo, aboga por un entendimiento restrictivo a partir del citado artículo 18 CP.

³⁷ MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*” en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 159 ss.; SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, p. 267 ss.

³⁸ BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Strafrechtliche Abhandlungen·Neue Folge, Band 76, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 115, habla de la función que cumplen este tipo de preceptos de prohibir la crítica opositora al sistema, esto es, de silenciar con la amenaza penal la mera disidencia de los valores dominantes.

³⁹ Véase, en lo que sigue, JAKOBS, *Criminalización*, cit., p. 319 ss.

cuándo excepcionalmente cabría legitimar los “delitos de clima” subraya la inocuidad de este tipo de manifestaciones que no constituyen actos perturbadores por cuanto todavía depende de que los destinatarios obren en consecuencia. Pero ese “obrar”, es “asunto propio” de quien, por ejemplo, ante soflamas racistas como las de la sentencia, decide dar fuego a una chabola habitada por personas negras o judíos. Imputar la decisión delictiva concreta a la “provocación” genérica implica la presunción de que los receptores del mensaje carecen de autonomía y madurez para decidir por sí mismos cómo reaccionar ante tales manifestaciones. Implica, a mi juicio, una extensión desmesurada e inaceptable de los criterios de imputación de responsabilidad que desconoce de raíz la autonomía de la voluntad y la mayoría de edad de los ciudadanos a quienes, dicho de forma negativa, se considera “menores de edad” que no podrían resistir sus impulsos criminales ante la invocación genérica a sumarse a una “actitud” hostil, discriminatoria, violenta o de eliminación genocida. Con razón, en lógica con lo expuesto, excepciona el autor alemán el supuesto en que estos mensajes se dirijan a “niños u otras personas que se encuentran en situación de inferioridad”⁴⁰ en la medida en que, podríamos añadir, la falta de madurez de los jóvenes justificaría considerar que entonces sí que es “asunto del provocador” el haber manipulado la actuación de los menores de edad.

D. Los supuestos de minoría de edad no son, con todo, la única salvedad. También deben traerse a colación situación sociales de “excepción” que nos van a permitir, para finalizar con la crítica a los artículos 510 y 607-2º CP como “delitos de clima”, señalar un último aspecto esencial. Es extendida en Alemania la opinión según la cual este precepto de la “incitación a la población” se corresponde con el típico producto de una “legislación de crisis”. AMELUNG, que ya en su conocida monografía interpreta la “incitación a la población” como un precepto protector de la “paz pública”⁴¹, sitúa críticamente la introducción del mismo en la República Federal Alemana en el contexto de la olas antisemitas de los años 1959/60. Al margen de que hubiera otros preceptos penales perfectamente aplicables, se creó uno nuevo para demostrar con claridad ante la comunidad internacional que Alemania perseguiría en el futuro con decisión los excesos racistas. Se buscaba un efecto puramente simbólico⁴² para calmar y apaciguar el miedo y la indignación de la ciudadanía y por ello, a pesar de ser tiempos de relativa calma, se cedió a la presión de la opinión pública aceptándose una configuración típica para el delito de “provocación” que entraña un excesivo adelantamiento de barreras y un alto grado de indeterminación típica fruto, además, de su precipitada elaboración⁴³.

JAKOBS, aunque desde una perspectiva diferente, viene a incidir en la misma línea al afirmar que, si bien los “delitos de clima” son como regla general incompatibles con un Estado de Libertades, cabría excepcionalmente su aceptación en “tiempos de crisis de legitimación” (*Legitimationskrisenzeiten*)⁴⁴. En tal contexto, con otras palabras, podría autorizarse una restricción excepcional de la libertad de los ciudadanos que permitiría atribuir responsabilidad al autor de una “provocación” tan genérica como la de los preceptos a estudio alterándose las reglas normales de imputación. Sería una restricción sin duda impropia de un Estado de

⁴⁰ JAKOBS, *Criminalización*, cit., p. 319. Conviene matizar que, si bien la argumentación se refiere en principio al §140 StGB relativo a la “recompensa o aprobación de delitos” el propio JAKOBS más adelante declara que puede predicarse en igual medida también respecto del delito de “incitación a la población” y demás “delitos de clima”.

⁴¹ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972, p. 378.

⁴² También en la reciente reforma de 1994 del párrafo 130 StGB se repiten las críticas en este sentido. VON BUBNOFF, *LK 1996*, cit., §130, 3.

⁴³ AMELUNG, “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung” en *ZStW* 92 (1980), pp. 55 ss., 59 y 60.

⁴⁴ JAKOBS, *Kriminalisierung*, cit., p. 783.

Libertades pero necesaria y legítima debido a lo crítico de la situación. Más adelante habremos de volver sobre esta idea pero, de momento, sólo nos interesa destacar la lógica de “excepción” que subyace al “delito de provocación” como “delito de clima” que revela también desde esta perspectiva su impronta autoritaria represora de la disidencia⁴⁵.

5. Con base en la crítica expuesta y a modo de conclusión, resulta, a mi juicio, inaceptable en un Estado social y democrático de Derecho la interpretación del “delito de provocación” (art. 510 CP) y de la denominada “mentira de *Auschwitz*” (art. 607-2º CP) en la línea de figuras de riesgo que se identifiquen con la creación de un “clima” peligroso. El “peligro” a que se alude en la sentencia es demasiado vago, difuso, general pues tampoco se aclara sobre qué bienes jurídicos en concreto se proyecta por lo que la peligrosidad de la difusión del material xenófobo se acaba presumiendo. De generalizarse la aplicación de estos tipos como en el “caso Varela”, se produciría una extraordinaria limitación del ámbito legítimo de ejercicio de libertades fundamentales como la de expresión o ideológica, a la vez que una incriminación de la pura “actitud interna” (*Gesinnung*) que, debido además a la indeterminación de los tenores típicos, tendría un ámbito de proyección censora sobre un amplísimo sector de lo que debería constituir libre discusión pública. Subyace, además, una lógica de “excepción” autoritaria y de negación al ciudadano de su estatus como persona adulta y responsable pues se la trata como si fuera un menor de edad que precisara de la tutela estatal.

No debería, por ello, haber caído en saco roto la petición por parte de la defensa de la “cuestión de inconstitucionalidad” pues entiendo que hay base fundada para que prospere. Con todo, la inquietante propaganda xenófoba y la proliferación de actuaciones discriminatorias extremas contra minorías étnicas o de otra índole como homosexuales, etc., plantea la pregunta de hasta qué punto no hay un interés legítimo de protección –incluso por la vía penal- de determinados colectivos “sensibles” necesitados de una tutela especial. Desde esta perspectiva urge preguntarse si no sería posible otra interpretación de las figuras a estudio que fuera compatible con el derecho penal propio de un Estado de Libertades. Así lo entiende un sector de la doctrina española, básicamente respecto del delito de “provocación” del artículo 510 CP. A continuación vamos a explorar estas posibilidades pero vaya por delante que la falta de taxatividad en la redacción típica dificultará en extremo dar con una propuesta interpretativa convincente. Desde los riesgos a que nos abocan estos delitos, por tanto, deberá entenderse la toma de postura particularmente en relación al bien jurídico tutelado en el artículo 510 CP y la interpretación restrictiva y “correctora” que asumiendo algunas de las tesis de JAKOBS propondré como colofón de este estudio.

IV. El “delito de provocación” del art. 510 CP y la figura penal del art. 607-2º CP: propuesta interpretativa y consideraciones de *lege ferenda*.

1. A la búsqueda del sentido de tutela de estos preceptos y antes de enfrentarnos directamente con su tenor literal debemos hacer una referencia previa, necesariamente breve, al contexto social en que se inscriben. Pretendemos así poner las bases para asentar una primera hipótesis o “conjetura de sentido” que posibilite el proceso de comprensión de los preceptos

⁴⁵ En sentido similar FISCHER, “Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören” en *NStZ* 1988, p. 164. Véase, también, entre nosotros, adhiriéndose al planteamiento de JAKOBS en relación a la figura del artículo 607-2º CP, FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, cit., p. 5; en relación al artículo 510 CP, CANCIO MELIA, *Comentarios*, cit., p. 1276.

legales mediante el contraste “circular” entre la conexión de sentido del texto y el significado literal de las palabras que lo integran⁴⁶.

Una mirada al origen reciente de estos preceptos en el derecho comparado los sitúa como reacción estatal ante olas de violencia particularmente antisemita en la República Federal Alemana de finales de la década de los 50, cuya posterior expansión a otros países de Europa Occidental dio lugar a que se tomaran iniciativas internacionales que desembocaron, finalmente, en la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965⁴⁷. En este instrumento internacional, en su artículo 4⁴⁸, se propone una tipificación de “delito de provocación” que ha servido desde entonces de modelo legislativo para aquéllos países que han ido incriminando esta clase de conductas incitadoras⁴⁹. También el Estado español se ha incorporado, aunque relativamente tarde⁵⁰, a esta tendencia internacional. Pero lo que ahora interesa destacar es que el trasfondo de esta normativa apunta históricamente a la inquietud que despierta la reactivación de reacciones xenófobas en general pero, particularmente, en su expresión neo-nazi asociada con el infausto recuerdo del holocausto genocida dirigido por *HITLER*. Preocupa ante todo evitar que vuelva a repetirse la experiencia de eliminación masiva que marcó a fuego la conciencia de Occidente a partir de la “solución final” dada a la “cuestión judía” en la 2ª Guerra Mundial.

Mas allá de su origen histórico, la configuración típica e interpretación del “delito de provocación” o de la “mentira de *Auschwitz*” en los círculos jurídicos que como el germánico y el anglosajón responden a sociedades tradicionalmente más conflictivas desde el punto de vista de la convivencia interétnica, presentan una evidente vocación de tutela de minorías que aspira a prevenir adelantadamente agresiones a gran escala contra colectivos o minorías especialmente “sensibles”⁵¹.

⁴⁶ Véase al respecto las aclaraciones respecto del denominado “círculo hermenéutico” en la conocida monografía de LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. RODRIGUEZ MOLINERO, Ariel, Barcelona, 1994, p. 194 ss. Particularmente interesa destacar la importancia de la “precomprensión” a la hora de formular la “conjetura de sentido”, “precomprensión” tanto más fructífera cuanto más profundamente se conoce la cosa en la que junto al aspecto jurídico debe integrarse también el contexto social, las situaciones de intereses y las estructuras de las relaciones de vida a que se refieren las normas jurídicas (pp. 196-198).

⁴⁷ PARTSCH, *Neue Maßnahmen*, cit., p. 429. Véase, también, SCHWELB, “The International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination” en *The international and comparative law quarterly*, Volume 15 (1966), pp. 997 y 998.

⁴⁸ Según el artículo 4 de la Convención: “Los Estados partes (...) tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; (...)”

⁴⁹ LERNER, “Incitement in the racial convention; reach and shortcomings of article 4” en *Israel Yearbook on Human Rights* 22 (1992), pp. 1, 3 y 4.

⁵⁰ La Convención entró en vigor en nuestro país el día 4 de enero de 1969. BOE Núm. 118 (17 mayo 1969). No obstante habrá de esperarse hasta que la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, incluya, por primera vez, en el artículo 165 ter –antecedente del vigente art. 510 CP- una versión de la prohibición de la “provocación” de conformidad con el artículo 4 de la Convención.

⁵¹ Véase, respecto de las diversas modalidades del “delito de provocación” recogidas en la *Public Order Act 1986* del Reino Unido, por todos, WOLFFE, “Values in conflict: incitement to racial hatred and the public order act 1986” en *Public Law* 1987, p. 86 ss. cuando describe –y crítica radical y acertadamente- la lógica de tutela de “orden público” que subyace a estos preceptos. Respecto del ámbito germano, véase, por todos, GEILEN, “Ergänzbare Lexikon des Rechts, Ordner 3, Gruppe 8 Strafrecht, ULSAMER (Hg.), Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1992, 8/1880, Dezember 1996, Volksverhetzung, p. 2 ss. Para un análisis exhaustivo del

El referente de sentido de los artículos 510 y 607-2º CP debe buscarse, en consecuencia, en la significación social que las conductas de incitación o la mera negación de hechos históricos de genocidio pueden alcanzar desde el punto de vista de la pacífica convivencia interétnica y de otra clase de grupos, minorías y mayorías en el seno de una determinada sociedad. Se busca aprehender el “impacto” amenazador que determinadas conductas o mensajes “incitadores” tienen para el colectivo contra el que se dirigen. Gráficamente expuesto, el mensaje “provocador” puede llegar a ser la “chispa” que anime a la agresión colectiva, que desencadene la “explosión” social entre grupos o incluso un enfrentamiento civil a gran escala. La incitación se asemeja pues al “silbido” que “abre la veda” y da inicio a la “cacería del hombre”, silbido pues, que “hiela la sangre” de la víctima potencial y enardece la atmósfera de barbarie contra un determinado colectivo⁵². La perspectiva es, pues, colectiva y no debe reducirse a una comprensión de las conductas típicas en relación al inmediato destinatario de las mismas al margen del dato de su pertenencia a un determinado grupo. El contexto comunicativo relevante es el de la significación en términos sociales del acto para el colectivo o minoría de referencia y los delitos a estudio son entonces, esencialmente, preceptos dirigidos a la tutela de minorías o colectivos como tales.

2. La doctrina mayoritaria en nuestro país, sin embargo, parece haber partido de un presupuesto básico, de una “precomprensión” diferente que desenfoca, a mi juicio, el verdadero problema y dificulta por ello una interpretación adecuada. Se aborda el estudio de los tipos como preceptos “antidiscriminatorios” pero, y esto es esencial, a partir de un entendimiento del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación que prima en exceso las consecuencias exclusivamente individuales de las conductas discriminatorias. Se atiende desproporcionadamente a un marco de comprensión que sobrestima el esquema bilateral “discriminador-discriminado” en términos exclusivamente individuales, relegándose indebidamente las repercusiones supraindividuales de cada acto y que se caracterizan por afectar al colectivo “sensible” de referencia y a la sociedad en su conjunto. Para corroborar estas afirmaciones debemos hacer un breve repaso al estado actual de la doctrina española que, en aras de la necesaria brevedad, deberá ceñirse únicamente a la cuestión del bien jurídico tutelado.

Respecto del “delito de provocación” del artículo 510 CP, la doctrina sitúa el bien jurídico tutelado, con diferentes acentos, en torno al derecho a la igualdad y no discriminación así como en relación a la dignidad humana. LAURENZO COPELLO a partir de un entendimiento restrictivo del concepto de discriminación como autónomo del principio de igualdad, propone como bienes jurídicos, en primera línea, el “derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás” y, en tal sentido, la dignidad personal. Reconoce, además, en segunda línea, que el efecto que las conductas discriminatorias despliegan sobre el conjunto de la sociedad entraña un componente colectivo de amenaza sobre otro bien, a saber, “el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución” en cuanto pilar del Estado social y democrático de Derecho. Debe insistirse en que, según la autora, la dimensión individual y colectiva de la discriminación no tienen igual trascendencia de cara a la fundamentación de la intervención penal pues la

derecho comparado en relación a la política criminal antixenófoba en Alemania, Austria y Suiza (círculo germano); Reino Unido y Estados Unidos (círculo anglosajón); en contraste también con Francia, Italia y Portugal (círculo latino o románico), véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código penal)*, (en prensa), Capítulo III.

⁵² GEILEN, *Ergänzbares Lexikon*, cit., p. 2.

primera, la individual, es la esencial ya que dotaría de sentido a la conducta mientras que la segunda, la colectiva, contribuiría únicamente a determinar su gravedad⁵³.

En la misma línea, pero de forma más claramente orientada al componente individual del fenómeno discriminatorio, se manifiestan BERNAL DEL CASTILLO y PORTILLA CONTRERAS. Este último asegura que el “delito de provocación” pretende proteger “la dignidad humana del ser humano mediante la sanción de cualquier atentado al principio de igualdad y al derecho de toda persona a no ser discriminado”⁵⁴. BERNAL DEL CASTILLO, en una formulación más compleja, afirma también que, a pesar de lesionarse simultáneamente otros derechos de la persona como el de reunión y asociación en el apartado 1 del artículo 510 CP, y el derecho a la reputación en el apartado 2, “el objeto directo, principal e inmediato de protección es el derecho a la no discriminación”⁵⁵. Se pierde así en estos autores, a diferencia de la propuesta de LAURENZO COPELLO, una clara referencia al componente colectivo como corresponde, a mi juicio, a que parten ambos autores de un concepto de discriminación no tan restringido cuya diferencia respecto del principio de igualdad se traza de manera mucho más difusa⁵⁶.

El concepto de discriminación, sin embargo, se diferencia del principio de igualdad genérico, en palabras de FERNANDEZ LOPEZ, a partir de su “doble matriz teórica”⁵⁷ que conecta al fenómeno discriminatorio con dos principios básicos: la igual dignidad humana y el principio de igualdad sustantiva o material. Sin duda, el acto discriminatorio entraña un trato diferencial especialmente grave porque al asociarse el perjuicio que entraña a determinadas características personales del discriminado (color, “raza”, sexo...) o a determinadas características o situaciones sociales (lengua, origen social, religión), se desconoce la dignidad de la persona por cuanto se trata, en definitiva, de factores ajenos a la responsabilidad del sujeto y a su capacidad de elección e implica la negación de la paridad de dignidad social entre los seres humanos. La discriminación es algo más que un trato perjudicial arbitrario ya que supone la consideración de inferioridad para el discriminado al que se negaría, implícitamente, su condición de persona en pie de igualdad⁵⁸.

Ahora bien, junto a esta primera matriz teórica subyacente al concepto, se erige –y no de manera secundaria- el principio de igualdad material o sustantiva como el otro gran pilar informador de sentido. Desde éste el fenómeno discriminatorio adquiere una nueva dimensión, colectiva, que permite contemplar plenamente su potencial de daño social. Y es que la tutela

⁵³ LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, cit., p. 236 ss.

⁵⁴ PORTILLA CONTRERAS, *Curso*, cit., p. 686.

⁵⁵ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, cit., p. 76.

⁵⁶ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, cit., p. 17 ss.; PORTILLA CONTRERAS, *Curso*, cit., p. 672 ss. Además de estos autores, la tendencia de la doctrina española a interpretar el “delito de provocación” en clave “antidiscriminatoria” pero sin marcar claramente los perfiles de este concepto respecto del principio de igualdad genérico es, con matices, generalizada: CANCIO MELIA, *Comentarios*, cit., p. 1274 ss.; CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios*, cit., p. 2003 (en igual sentido en VIVES ANTON, *et alter*, *Derecho penal. Parte especial*, tirant lo blanch, Valencia, 2ª ed., 1996, p. 756); MUÑOZ CONDE, *Parte especial 1996*, cit., pp. 706 y 707; PUYOL MONTERO, *Código*, cit., p. 4516 ss.; SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, cit., p. 829 ss.; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, cit., p. 2076 ss.

⁵⁷ FERNANDEZ LOPEZ, “La discriminación en la jurisprudencia constitucional” en *La Ley (Relaciones Laborales)* I (1993), p. 154 ss. Véase, además, respecto de las diferencias entre el concepto de discriminación y el principio de igualdad genérica, la central monografía de RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, especialmente, p. 64 ss.

⁵⁸ RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, cit., p. 110.

antidiscriminatoria se dirige también al restablecimiento y promoción de la igualdad real a partir de una consideración crítica de la situación social según la cual se tilda de inaceptable la presencia de situaciones colectivas de marginación⁵⁹. La percepción de la marginación y segregación de grupos discriminados con lejanas raíces históricas demanda el “impulso emancipatorio”⁶⁰ que representa la interdicción de discriminación de conformidad con la filosofía del Estado social. La discriminación, con otras palabras, debe ser combatida no sólo por el perjuicio inmediato que supone para el sujeto inmediatamente objeto del trato perjudicial, sino porque contribuye a consolidar situaciones sistemáticas de marginación. Como acertadamente expresan RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ “los actos discriminatorios siguen o anuncian a otros, y el discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo o categoría social <<preterida>>, o tiene unas características que lo hacen ser objeto de discriminación”⁶¹. Cada acto discriminatorio supera así en términos sociales su repercusión individual y se demuestra como perjudicial también –y sobre todo- en relación a los colectivos discriminados que con cada discriminación ven reforzada su posición de marginación sistemática. Cada acto es un mensaje a todo el colectivo que le recuerda y hunde aún más en su postergación social con las consecuencias negativas a ella anudadas. Y por todo ello también representa una perturbación añadida al contradecir los postulados del Estado social que aspira a una ordenación social igualitaria, efectivamente igualitaria y no sólo desde el punto de vista del reconocimiento formal.

La doctrina española analizada se decanta, a mi juicio, de forma mayoritaria, por orientar el sentido de tutela del precepto 510 CP hacia las consecuencias fundamentalmente individuales del fenómeno discriminatorio cuando se propone como objeto de tutela la dignidad humana o el derecho a la no discriminación, máxime si éste no se diferencia convenientemente del principio de igualdad genérico. La propuesta de LAURENZO COPELLO⁶² marca, sin duda, un punto de diferencia al dar cabida al componente colectivo amenazado a partir de una definición diferenciada, que compartimos, del concepto de discriminación. Pero, a mi juicio, no hay razón para relegar la dimensión colectiva a una posición secundaria. Como señalaba al principio de este apartado, el “delito de provocación” se dirige en nuestro entorno de cultura a atajar los problemas de enfrentamiento y eliminación colectiva de forma “adelantada”. Son las conductas idóneas para desequilibrar gravemente la convivencia pacífica entre grupos las que pretenden ser aprehendidas y neutralizadas antes de que sobrevengan situaciones de explosión social o de enfrentamiento colectivo a gran escala que no sean ya controlables.

En consecuencia, se impone un cambio de orientación que desplace al fenómeno discriminatorio como referente básico de la interpretación de los tipos a estudio. Debemos recordar que el tenor literal del artículo 510 CP incrimina la “provocación” a la discriminación, pero también al odio y a la violencia. Por ello no tiene por qué darse prioridad a uno de los objetos de la incitación a la hora de determinar el sentido de tutela. Con todo, tampoco el fenómeno discriminatorio deberá quedar totalmente al margen. Ahora bien, sólo en la medida en que comportamientos discriminatorios sean idóneos para “encender la chispa”, para desencadenar situaciones de enfrentamiento colectivo, deberían tener relevancia típica. De esta forma, no toda provocación respecto del vasto fenómeno discriminatorio resulta susceptible de

⁵⁹ FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación*, cit., p. 154.

⁶⁰ RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, cit., pp. 72 y 80.

⁶¹ RODRIGUEZ PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, cit., p. 163.

⁶² Aunque también CANCIO MELIA, *Comentarios*, cit., pp. 1275 y 1276, al margen de la propuesta concreta de bien jurídico, deja entrever en sus acertadas consideraciones críticas un sentido de tutela atento a la dimensión colectiva del problema y próximo a la postura que aquí se defenderá.

reproche penal, sino sólo aquel conjunto de actuaciones que tengan la virtualidad de afectar de forma más intensa y grave al principio de igualdad material o efectiva hasta el extremo de poner en peligro la pacífica convivencia entre grupos. A pesar de que la conducta discriminatoria en concreto afecte sin duda a la dignidad de la persona, la relevancia típica del artículo 510 CP dependerá básicamente, sin embargo, de la segunda matriz teórica que lo fundamenta pues a través de ella se da el puente de conexión entre el fenómeno discriminatorio y la conductas de provocación que el tipo pretende prevenir.

3. Antes de centrarnos en el artículo 510 CP y hacer una propuesta de bien jurídico protegido de conformidad con las ideas esbozadas, vamos a referirnos a la llamada “mentira de *Auschwitz*” –art. 607-2º CP-. En ésta se confirma de manera más evidente la orientación de protección “adelantada” de colectivos. Acertadamente señalaba la sentencia que se trata de un “tipo atenuado” de genocidio, pues su vocación es la de prevenir el “clima”, las condiciones que vayan preparando el advenimiento de los actos de eliminación colectiva⁶³ como corresponde, por otra parte, a su incardinación sistemática en el Código.

Su relación con el “delito de provocación” es también evidente a la luz del derecho comparado hasta el punto de que la discusión sobre la relevancia penal de la “negación del holocausto” surgió precisamente ante las dudas sobre si constituía -o debería constituir- una forma más de “incitación a la población” del parágrafo 130 *StGB* alemán⁶⁴. Al margen de su oportunidad político-criminal, sobre la que a continuación habremos de volver, esta figura debe comprenderse desde el punto de vista de la significación social que, particularmente en Alemania, tienen manifestaciones ideológicas del “revisionismo negacionista”. Negar el holocausto en aquel país tiene una significación especial habida cuenta de su historia reciente y por ello se comprende sin dificultad que la mera negación de hechos históricos pueda tener una idoneidad “incitadora” que acerque a dichas manifestaciones al ámbito de prohibición del “delito de provocación”. Con otras palabras, para incitar al odio, discriminación o violencia contra el pueblo judío pueden resultar adecuadas este tipo de manifestaciones que puestas en contexto pueden ser idóneas para hacer “saltar la chispa” que desencadene el proceso de eliminación correspondiente. La génesis de este precepto en el ámbito germano se explica así a partir de su particular realidad social e histórica según la cual la negación del genocidio nazi equivale socialmente a una provocación inaceptable que puede conmocionar el bien jurídico protegido⁶⁵.

Ahora bien, al margen de su origen en el derecho comparado, lo cierto es que esta figura que bien podría tildarse de delito *ad hoc*, ha saltado sus fronteras “naturales” y ha sido

⁶³ FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, cit., p. 5, señala que se trata de una “prohibición de preparar psicológicamente a las masas a favor del genocidio por medio de la propaganda”.

⁶⁴ Antes de la Reforma de 1994 en donde finalmente se incluye la “mentira (simple) de *Auschwitz*” (§130-3), ya en el marco de la 21ª Ley de modificación del Código penal alemán de 1985 se había a comenzado a barajar la conveniencia de su castigo aunque, finalmente, no llegó a materializarse. Como PARTSCH, *Neue Maßnahmen*, cit., p. 432, señala, el punto de partida de las iniciativas legislativas de dicha ley de 1985 se sitúa precisamente en la dificultad de aplicación del parágrafo 130 al caso de la *Auschwitzlüge*.

⁶⁵ Más adelante desarrollaremos nuestra propuesta de bien jurídico protegido respecto del “delito de provocación”. Por ahora baste con llamar la atención sobre el hecho de que el juicio de peligrosidad de la acción depende decisivamente del contexto social en que la acción se desenvuelve. Lo que queremos poner de manifiesto es, por tanto, que la “negación del holocausto” en situaciones extremas puede equivaler a una conducta de “provocación” idónea, adecuada, apta para producir un peligro para el objeto de protección que permita entonces calificar al delito como de peligro *posible o hipotético*. Véase, y también en lo que sigue, TORIO LOPEZ, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)” en *ADPCP* 1981, pp. 840 ss.

recientemente acogida también entre nosotros con la particularidad de que, además, viene referida no ya al holocausto judío, sino a cualquier genocidio. En Alemania la llamada “mentira de *Auschwitz*” requiere que se apruebe, niegue o banalice una acción genocida cometida bajo el régimen nacionalsocialista de una forma adecuada para perturbar la paz pública. El artículo 607-2º CP, sin embargo, “generaliza” el tipo y proyecta la prohibición penal sobre cualquier genocidio sin añadir, por otra parte, ningún elemento típico limitador como el mencionado de que, por ejemplo, fuera necesaria la adecuación para perturbar la paz pública. Por ello, si ya resulta mayoritaria la crítica en el ámbito germano contra esta figura delictiva por su indeterminación y si ya se reconoce en aquel país la imposibilidad de siquiera poder identificar bien jurídico protegido ninguno⁶⁶, aun mayores son las dificultades que la versión del artículo 607-2º CP ofrece. En consecuencia no debería extrañar la crítica radical y prácticamente unánime de la doctrina española pidiendo su derogación⁶⁷. El eventual interés legítimo de proteger a minorías o colectivos sensibles no legitima semejante adelantamiento de barreras punitivas que desdibuja por completo la imagen típica, impide delimitar un bien jurídico suficientemente preciso y convierte a este precepto en un instrumento de censura inaceptable en un Estado social y democrático de Derecho.

A mi juicio, no puede predicarse en el contexto social presente respecto de la justificación o la negación del genocidio y, menos aún, de la pretensión de rehabilitación de regímenes o instituciones que lo amparen, su idoneidad según un juicio impersonal *ex ante* de pronóstico para producir un peligro respecto de la existencia de determinados grupos⁶⁸. Negar el holocausto nazi tal y como se refleja en los Hechos Probados de la sentencia, por ejemplo, puede despertar indignación pero difícilmente podrá en el Estado español ser idóneo para poner en peligro la existencia o ni siquiera las condiciones de seguridad del colectivo judío⁶⁹. Estos se sentirán insultados⁷⁰ e indignados, y con razón, pero no se puede considerar que sentirán la inminencia de un “paso” del discurso al acto. La falta de un movimiento ideológico neo-nazi respaldado por una fuerte organización con demostrada capacidad de actuación impide que la alusión a este discurso “negacionista” puede identificarse por el colectivo judío como la

⁶⁶ Véase, con una fundamentada y penetrante argumentación, por todos, KÖHLER, *Zur Frage, cit.*, p. 2389 ss. Recientemente, también, reconocen la ausencia de bien jurídico en su sentido tradicional en la llamada *Auschwitzlüge*, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 5. Auflage, 1996, pp. 258 y 259; STRATENWERTH, “Zum Begriff des <<Rechtsgutes>>” en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (Hg.), C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, p. 388, que llega a afirmar literalmente que “debería estar claro que la búsqueda del bien jurídico protegido en un tipo como el de la denominada mentira de *Auschwitz* **no tiene sentido**” (traducción y subrayado nuestros).

⁶⁷ Véase, por todos, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Grupo de estudios de Política Criminal, Málaga, 1998, p. 38.

⁶⁸ FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones, cit.*, p. 5 mantiene, por el contrario, que sólo interpretando este precepto como una prohibición de preparar a las masas a favor del genocidio por medio de la propaganda cabe identificar “un mínimo” peligro con respecto a la existencia de determinados grupos. Entiendo que esta clase de propaganda carece de fuerza para preparar para el genocidio: entre nosotros, en términos sociales, no anuncia su inminencia.

⁶⁹ LAURENZO COPELLO, *La discriminación, cit.*, pp. 268 y 269, exige para que se integre el tipo que la negación se vea acompañada por juicios peyorativos pues sólo entonces “probablemente” podrá afirmarse su idoneidad peligrosa. Desde nuestro planteamiento, al no partir del referente de la no discriminación como objeto de tutela, resulta aún más discutible afirmar la idoneidad que también la autora citada reconoce que sólo forzadamente cabe predicar respecto de esta conducta que lleva al derecho penal al campo de lo éticamente reprochable más allá del límite de lo socialmente dañino.

⁷⁰ La conductas incitadoras pueden adoptar, según el contexto, la forma de manifestaciones injuriosas. En este sentido deberá entenderse el artículo 510-2º CP que, por razones de espacio, no será objeto de estudio detenido.

“antesala” de una escalada de actuaciones violentas contra ellos y, menos aún, como la antesala de un nuevo holocausto. Con otras palabras: no hay “posible” conmoción entre las conductas descritas en el tipo y el objeto de tutela del genocidio, por lo que no podemos sino concluir que el artículo 607-2º CP constituye una prohibición ético-social reforzada ilegítimamente por la sanción penal. Los intentos bienintencionados de encontrar una vía de interpretación restrictiva y correctora del amplísimo tenor literal⁷¹ no resultan, a mi juicio, procedentes para esta figura en nuestro país. Quizá en Alemania podría resultar más discutible la conveniencia de una incriminación tan *sui generis* como la de la “negación del holocausto” habida cuenta de las razones sociales e históricas excepcionales que en aquel país concurren⁷² y, por ello, podría también intentarse, en su caso, una corrección restrictiva por vía interpretativa para cohonestar lo más posible dicha incriminación con el principio de responsabilidad por el hecho. Pero entre nosotros, y siguiendo a TORIO, la presencia de delitos de peligro abstracto como el del artículo 607-2º CP que consisten en violaciones de la ética social suponen una irregularidad que no puede ser corregida por vía dogmática, sino en sentido político-criminal mediante su descriminalización⁷³.

4. El “delito de provocación” del artículo 510 CP no consiste, a diferencia de la llamada “mentira de *Auschwitz*”, en un delito *ad hoc*, sino que presenta unas características de generalidad que requieren un análisis algo más pausado sobre las posibilidades de corregir por vía interpretativa la eventual desviación que pudiera representar.

El “delito de provocación” no es un tipo antidiscriminatorio aunque la provocación a determinados actos de discriminación puedan ser incluidos en su ámbito de prohibición. El punto de partida debe situarse en la orientación de tutela colectiva que podría apoyarse, en primer lugar, en el hecho de que el tenor típico se refiere a la incitación o difusión de informaciones injuriosas contra grupos o asociaciones. Este primer dato revela que la incitación al odio, a la violencia o a la discriminación (art. 510-1º), e incluso la difusión de informaciones injuriosas (art. 510-2º), no integra siempre el tipo, sino únicamente cuando resulten idóneas para afectar gravemente a colectivos merecedores y necesitados de tutela. Por ello, en segundo lugar, no debe ser interpretada la provocación según el artículo 18: no se trata de una provocación a delinquir. A pesar de que se pudiera así favorecer una interpretación restrictiva del precepto, lo cierto es que le privaría de sentido pues oscurece la dimensión colectiva del problema. No se trata tanto de prevenir delitos individuales sino de evitar las consecuencias negativas que la incitación puede proyectar sobre todo un grupo que ante el mensaje provocador siente amenazada y comprometida su existencia con el efecto de desequilibrio que además se generaría para la convivencia pacífica y en pie de igualdad en la sociedad.

A partir de la orientación general esbozada la propuesta de bien jurídico protegido pretende aprehender la dimensión supraindividual del fenómeno a la vez que lograr una cota de

⁷¹ En este sentido, CARBONELL MATEU/VIVES ANTON, *Comentarios*, cit., p. 2161; FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, cit., p. 5; LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, cit., p. 269.

⁷² Siguiendo a JAKOBS, *Criminalización*, cit., pp. 321 y 322, la excepcionalidad de la situación social, de constatarse (la da por constatada, por ejemplo, VON BUBNOFF, *LK 1996*, cit., §130, 2), abriría la puerta a legitimar lo que en situaciones de normalidad social no deja de ser sino un “delito de clima” ilegítimo e incompatible con un Estado de Libertades. En este sentido, entre nosotros, FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, cit., p. 5. En lo que sigue habremos de volver sobre esta sugerente línea de argumentación del autor alemán respecto del “delito de provocación” del artículo 510 CP.

⁷³ TORIO LOPEZ, *Los delitos*, cit., pp. 847, 827, 828 y 835.

determinación suficiente que posibilite una interpretación garantista acorde con el imperativo de taxatividad derivado del principio de legalidad. Un tal bien jurídico debe cifrarse, a mi juicio, en torno a la **relación de los miembros de un colectivo especialmente vulnerable con sus condiciones de seguridad existencial**. Y es que el ámbito de protección de la norma se dirige básicamente a neutralizar conductas de incitación cuyo contenido intimidatorio y de amenaza puede llegar a transmitir a un determinado colectivo la expectativa de una inmediata puesta en peligro de su integridad como grupo. Debe subrayarse que no se está aludiendo a las condiciones de seguridad sin más sino de seguridad “existencial”: esto es, a condiciones cuya afección anuncian la inminencia de la eliminación física del grupo correspondiente, la “antesala del holocausto”.

Por otra parte, se hace también referencia a “un colectivo especialmente vulnerable”. Las causas o motivos de la incitación que el tenor literal del artículo 510 CP indica (por motivos racistas, ideológicos, religiosos, etc.), apuntan a un elenco de grupos amplísimo cuya realidad social puede ser muy diferente. El efecto de amenaza o intimidación de la conducta incitadora dependerá de que el grupo sea homogéneo e identificable externamente en la sociedad a lo que contribuirá una posición de marginación y segregación histórica así como la conciencia de grupo. La seriedad y verosimilitud del mensaje amenazante depende de que los miembros del grupo sean identificables *ad extra* y su cohesión *ad intra* facilitará, a su vez, la extensión del mensaje a todo el colectivo por identificación. En definitiva, las conductas de incitación podrán afectar al objeto de tutela sólo si cabe la posibilidad de que su mensaje implícito pueda dirigirse en términos sociales a un colectivo, esto es, sólo si el grupo es especialmente “sensible”.

El bien jurídico propuesto enlaza también con los postulados del Estado Social pues al aludirse al conjunto de condiciones comunes de todo un grupo sobre cuya base se fundamenta el sentimiento efectivo de seguridad existencial, se protege también el presupuesto que permite el acceso de los grupos más débiles al disfrute con normalidad y en pie de igualdad de los bienes sociales. Sin embargo, no es el principio de igualdad ni la interdicción de discriminación el objeto de tutela, sino un bien más concreto y básico sin el cual tampoco cabría la participación igualitaria en la sociedad.

Con todo, el bien jurídico no constituye sino un primer paso a la hora de determinar cuándo aquél debe convertirse en un bien jurídico-penal. La conducta antijurídica es conducta antisocial lo que nos remite a la trascendencia social, al daño social, como elemento clave para determinar el merecimiento y necesidad de pena. El problema consiste, entonces, en hallar los criterios que nos permitan distinguir qué conductas incitadoras merecen reproche penal por presentar un nivel de daño social relevante. Dicho más simplemente: las conductas de incitación se sitúan en una difusa frontera entre la “conducta” dañina socialmente y la mera opinión molesta, disidente, pero legítima, por lo que serán los criterios de daño social los que nos permitirán deslindar entre ambas y dotar al tipo de un potencial selectivo acorde con un Derecho penal del “hecho” que renuncia a la incriminación de la actitud interna (*Gesinnung*).

A tal fin resulta definitiva la contribución de JAKOBS. Trae a colación este autor el delito de amenazas (§241) y el de conminación de delitos (§126) del StGB alemán como ejemplos paradigmáticos de preceptos que aunque aparentemente apuntan a la protección de un “clima”, resultan, sin embargo, legítimos. Las razones para ello estriban, en lo que a nosotros más nos interesa, en el hecho de que al sujeto amenazado, cuando de bienes jurídicos importantes se trata, no le basta para mantener su confianza en la norma con tener conciencia de que el

Derecho está de su parte. Precisa además de una “base cognitiva”, esto es, de la conciencia de que probablemente el delito correspondiente será evitado. La norma despliega por lo general un efecto “contrafáctico” frente a riesgos normales, pero cuando una conducta eleva considerablemente el riesgo deja de desplegar dicho efecto: el sujeto tendrá el derecho de su parte pero ya no confía en que un determinado delito no vaya a ser cometido contra él. La amenaza de un delito grave, por ejemplo, provoca la desaparición del efecto contrafáctico de la norma en la medida en que dicha conducta produce una “drástica elevación del riesgo desde la perspectiva del afectado”. La garantía normativa ya no ofrece seguridad en las expectativas, dificultándose la vigencia de la norma⁷⁴.

Se alude así a una suerte de “efecto amenaza” que provoca en el destinatario la pérdida de confianza en que el Derecho vaya a lograr **efectivamente**, aunque lo prohíba, una determinada agresión, homicidio, etc. El sujeto percibe como inminente el mal. Un tal efecto convierte a la manifestación del autor en una auténtica conducta –y no mera opinión- cuando “se impone”. Esto es, cuando la víctima tras el mensaje correspondiente no tiene ya posibilidad de orientarse racionalmente de igual manera que antes⁷⁵. Esta imposición llamémosle “coactiva” coloca a la víctima ante una expectativa de sufrimiento de tal gravedad que reclama la intervención legítima del Derecho penal.

Cabe una transposición de los criterios expuestos al delito de provocación del artículo 510 CP a partir de lo que podríamos llamar el “efecto amenazante coactivo”. El delito de incitación resultará legítimo siempre que las conductas que resulten incriminadas presenten tal efecto intimidatorio o amenazante “que se imponga” (coactivo). No cualquier incitación al odio, a la violencia o a la discriminación, ni tampoco la difusión de informaciones injuriosas contra grupos presentará, sin embargo, ese nivel suficiente de daño social. En situaciones de normalidad debe concluirse que no cabe que una provocación indirecta y genérica –al odio, discriminación o violencia- pueda equivaler normativamente a una amenaza directa a un delito grave. Tal incitación no presenta todavía la seriedad de una decisión delictiva definitiva pues aún depende de que los provocados actúen en consecuencia y según su responsabilidad. En una democracia debe permitirse tal tipo de declaraciones generales y marcar la diferencia respecto de decisiones delictivas concretas y directas. Por otra parte, en las conductas del delito a estudio el objeto de la provocación no puede tampoco equipararse al de una amenaza a un delito grave por lo que el grupo afectado debe poder sobreponerse al no resultar tan claro que los bienes jurídicos fundamentales estén en juego. Resumiendo, la falta de las notas de amenaza directa, concreta, definitiva y grave impide hablar en situaciones de normalidad social de que las conductas del delito de provocación desplieguen el efecto amenazante coactivo que determinaría su tipicidad por lo que, sólo excepcionalmente como ahora indicaremos, podría legítimamente aplicarse el tipo. De encontrar, sin embargo, aplicación al margen del criterio apuntado, entraríamos en la lógica de una “delito de clima”, esto es, de opinión, que ejercería una tutela inaceptable sobre los ciudadanos como si de menores de edad se trataran, atentándose contra el legítimo ejercicio de libertades fundamentales como la de expresión o ideológica.

⁷⁴ JAKOBS, *Criminalización*, cit., p. 315 ss.

⁷⁵ JAKOBS, *Criminalización*, cit., p. 319.

En situaciones sociales excepcionales o cuando los destinatarios de la provocación sean jóvenes cabe una relectura del daño social de las conductas incitadoras⁷⁶. Piénsese en la reciente ola de atentados xenófobos y contra homosexuales que ha tenido lugar en Gran Bretaña. Cuando la situación social se tensa no se interpretan de igual manera los mensajes “genéricos” al odio, a la discriminación o a la violencia ni la difusión de informaciones injuriosas. Una arenga genérica contra los negros a los pocos días de un atentado xenófobo según el contexto no podría ya tildarse de amenaza indirecta y genérica. El contexto social excepcional añade la nota de coactividad que determina que la amenaza pase de genérica e indirecta a tener la fuerza de una amenaza directa a la que el grupo correspondiente no puede sustraerse. Se tomarán en serio la arenga, vigilarán a sus hijos, se representarán como mucho más probable el advenimiento de actos de violencia. No podemos detenernos a definir en concreto cómo debe ser la situación excepcional. Baste con indicar que será el juez quien en la valoración del caso podría llegar a acudir al contexto para aplicar el tipo a estudio con la prevención de que sólo situaciones verdaderamente extremas deben habilitar esta vía⁷⁷. De igual manera, el hecho de que se pretenda provocar a seres inmaduros o irresponsables puede abrir también la vía para legitimar la intervención penal contra el provocador dibujándose una imagen típica del artículo 510 CP como precepto protector también de la juventud⁷⁸.

Según la interpretación expuesta el “delito de provocación” debería haber resultado letra muerta en el “caso Varela” puesto que el contexto social en nuestro país al día de hoy no permite hablar de una situación de excepción que convierta a las incitaciones genéricas en idóneas para conmocionar el objeto de tutela, esto es, para poner en peligro a la comunidad judía. Tal conmoción o, con otras palabras, el nivel de daño social relevante como para integrar el tipo, se dará cuando el contexto social sea extremo y, entonces sí, equivalga una provocación indirecta a una amenaza directa para la existencia del colectivo a la que éste no pueda sustraerse racionalmente.

La tesis sugerida, lo reconocíamos desde un principio, es forzada y orientada a obtener una interpretación respetuosa del artículo 510 CP con nuestra cultura jurídica “a pesar del tenor literal”. Por ello de *lege ferenda* debería también derogarse al menos en los términos difusos en que hoy se encuentra redactada. Es esta también una demanda de amplios sectores de la doctrina aunque no tan clamorosa como respecto a la llamada “mentira de Auschwitz”⁷⁹. Por tanto, a mi juicio, también en este caso procede la “cuestión de inconstitucionalidad” y máxime a la luz de la interpretación como “delito de clima” que se refleja en la sentencia a estudio.

5. El fallo judicial del “caso Varela” se fundamenta en una interpretación muy criticable de los artículos 510 y 607-2º CP dentro de la lógica de “delitos de clima”. Otras propuestas interpretativas, sin embargo, apenas si logran neutralizar las graves objeciones a que están expuestas estas figuras penales desde la óptica de un Derecho penal adecuado al Estado social

⁷⁶ JAKOBS, *Criminalización*, cit., pp. 319 y 321. Véase, siguiendo también al autor alemán, respecto del art. 607-2º CP, FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones*, cit., p. 5.

⁷⁷ Un análisis más detenido de la propuesta realizada podrá consultarse en LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, cit., Capítulo IV.

⁷⁸ En tal sentido, algún sector de la doctrina alemana apunta que el delito de “incitación a la población” –en concreto su párrafo 2º- también se dirige a la tutela de la juventud. TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch 1999*, cit., §130, 1b; VON BUBNOFF, *LK 1996*, cit., §130, 2.

⁷⁹ *Alternativas*, cit., pp. 34, 35 y 36. Aunque la mayoría optó por suprimir el artículo una minoría cualificada consideró necesario mantenerlo pero con otra redacción (p. 35, pie de página 1).

y democrático de Derecho. La llamada “mentira de *Auschwitz*” es una figura ajena a nuestra realidad social que entraña una grave irregularidad como prohibición ético-social y que, por ello, debería derogarse o declararse inconstitucional. El artículo 510 tampoco resulta mucho mejor parado. Los términos difusos de su redacción sólo permiten una interpretación forzada según la cual no debería aplicarse más que en situaciones sociales de verdadera crisis, de “excepción”. Al día de hoy, por tanto, debería resultar letra muerta y en el caso que nos ocupa, desde luego, merece la misma crítica que la llamada “mentira de *Auschwitz*”. El “delito de provocación” del artículo 510, por tanto, también debería ser derogado o declarado inconstitucional⁸⁰.

La alta emotividad del tema no debería confundirnos a la hora de valorar las conclusiones, aparentemente drásticas, a que hemos llegado. La voluntad antixenófoba o de promoción de la igualdad no legitima una suspensión de los principios básicos que deben informar la configuración del Derecho penal conforme al modelo del Estado social y democrático de Derecho. No se trata de negar el interés legítimo de tutela que pueden merecer determinados colectivos, sino de valorar la oportunidad del instrumento penal en general y el acierto de la concreta regulación legal en particular. Debe combatirse el racismo, la xenofobia y la intolerancia pero no de cualquier manera. Nos enfrentamos a problemas seculares y de gran calado ante los que el papel del Derecho penal es muy limitado y cuyo tratamiento inadecuado, por otra parte, puede tener consecuencias muy graves. En este sentido puede resultar muy clarificadora la postura del Instituto de Historia Contemporánea de *München* el cual se ha ocupado afanosamente de la investigación del nacionalsocialismo y que, sin embargo, se posicionó en contra de la incriminación de la “mentira de *Auschwitz*” por los efectos perjudiciales que acarrearía para un adecuado proceso de toma de conciencia social mediante la educación y discusión pública⁸¹. No conviene mediante adelantamientos excesivos de las barreras de punición establecer tabúes ético-sociales pues el secretismo impuesto puede acabar extendiendo la sospecha de que tienen razón los que son encarcelados por asuntos que no pueden discutirse abiertamente⁸².

El presente caso debería ser, por todo lo expuesto, motivo para la reflexión y para corregir cuanto antes las irregularidades denunciadas para de esta forma, y contra las apariencias, contribuir a un combate más eficaz contra la lacra de la xenofobia y la intolerancia.

⁸⁰ Por el contrario, defiende su constitucionalidad, GOMEZ NAVAJAS, *Apología, cit.*, p. 2.

⁸¹ OSTENDORF, “Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der ‘Auschwitzlüge’” en *NJW* 1985, p. 1064.

⁸² BEISEL, *Die Strafbarkeit, cit.*, p. 1001.