

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 235/2007: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DEBATE SOCIAL, PROPORCIONALIDAD

Luis Carlos BANDRÉS ORÓÑEZ

Estudiante del Máster Universitario en Derechos Fundamentales
de la UNED de Calatayud

Resumen: Si la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político constituyen valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, debemos partir de la afirmación de que la libertad de expresión constituye un derecho fundamental de todo ser humano indispensable para la dignidad de las personas, siendo un pilar básico de cualquier democracia merecedor de la más amplia protección.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión viene acompañado de su consideración como un derecho no absoluto sino limitable en atención a la necesaria protección a dispensar a otros bienes jurídicos.

Si un límite, estamos de acuerdo, a la libertad de expresión lo constituye la difusión de ideas execrables contrarias a la dignidad de la persona, la cuestión sobre la que me hace reflexionar la sentencia objeto del comentario es si hasta el punto de aparecer como tipificación penal concreta la mera difusión de aquéllas.

Palabras clave: genocidio, libertad de expresión, libertad de información, límites, dignidad

Abstrac: If freedom, justice, equality and political pluralism constitute higher values of our legal system, we must start from this statement: Freedom of expression constitutes a fundamental right of every human being which is essential to guarantee every person's dignity. It is a basic pillar of any democracy that deserves the broadest protection.

Now, the recognition of the right to freedom of expression comes side by side its consideration as a non-absolute right but limitable in attention to the necessary protection given to other legal assets.

We may agree that setting limits to freedom of expression is the diffusion of detestable ideas contrary to dignity of the persons, the question on which there makes me reflect the judgment object of the comment is if to the point of appearing as a specific criminal classification the mere diffusion of those.

Keywords: Genocide, Freedom of expression, Freedom of information, Limits. Dignity

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL COMENTARIO

Debo iniciar el presente trabajo advirtiendo que no pretendo realizar un análisis jurídico-penal del contenido del artículo 607.2 del Código Penal tal y como se encontraba redactado hasta la sentencia núm. 235/2007 dictada por el Tribunal Constitucional (esto es, hasta el 6 de noviembre de 2007) como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona. No creo que deba ser ese el contenido del trabajo encomendado. Sin perjuicio de ello, obligadas vienen las concretas referencias que al mismo haré.

Mi exposición viene elaborada, al menos así lo pretendo, desde una perspectiva constitucional. Ni tan siquiera busco, con el estudio de la sentencia objeto de comentario, la reflexión de si la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio se encuentra amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1.a) de la Constitución, entendiendo que el número 4 del mismo precepto constitucional ya nos facilita o anticipa la respuesta negativa, sino si, al no encontrar aquel amparo, merece castigo penal, esto es, si el Estado debe desplegar su *ius puniendi* en su intensidad máxima.

Sabemos de la paradoja de los derechos fundamentales consistente en que tratándose primariamente de barreras frente al legislador su plena eficacia en muchas ocasiones se encuentra necesitada de colaboración legislativa regulando su ejercicio e, incluso, restringiendo su contenido en determinados supuestos. Los problemas constitucionales se plantean no tanto cuando la intervención legislativa es de ampliación del derecho fundamental de que se trate sino cuando el resultado de aquélla es de restricción del mismo. Como señala el Profesor Luis Díez-Picazo¹ “*los derechos fundamentales son, a la vez, límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma*”.

La sentencia núm. 235/2007 del Tribunal Constitucional constituye una buenísima excusa para reflexionar tanto acerca del carácter limitado de los derechos fundamentales como de la técnica para solventar las posibles situaciones de colisión entre ellos.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA DIGNIDAD

De acuerdo con la declaración contenida en el artículo 1.1 de la Constitución sobre que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político constituyen valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, debemos partir de la afirmación incuestionable de que la libertad de expresión constituye un derecho fundamental de todo ser humano indispensable, junto con los otros, para la dignidad de las personas y para su plena realización como tales, siendo un pilar básico de cualquier democracia y, por tanto, merecedora de la más amplia protección.

1. LUIS DíEZ-PICAZO, “*Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales*”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 20/2001 parte estudio, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2002.

Los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución no sólo, pues, constituyen una libertad individual sino que la trascienden, quedando configurados, además, como un fundamento de nuestro sistema político democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre.

Ahora bien, si lo dicho es así, el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión viene acompañado de su consideración como un derecho no absoluto sino limitable en atención a la necesaria protección a dispensar a otros bienes jurídicos (baste leer el número 4 del artículo 20 de la Constitución). Instrumentos internacionales vienen a corroborar tal idea. Así:

—El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos previene, en su artículo 19.3, que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión *entraña deberes y responsabilidades especiales*, pudiendo *estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

- a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
- b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

—O, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que en su artículo 10 dispone que

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*
2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

Determinar los límites a la libertad de expresión es una encomienda no exenta de dificultades. Se encuentra aceptado que el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Sin embargo, como ya he dejado dicho, delimitar las fronteras diferenciando lo que debe quedar protegido bajo el paraguas de la libertad de expresión de aquello que no merece tal parapeto es una ardua y complicada tarea, llena de matices no sólo jurídicos sino también ideológicos o morales que, como tales, resultan completamente subjetivos.

El Tribunal Constitucional es consciente de tal dificultad, acrecentada por la necesidad de diferenciar entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a recibir y/o comunicar información. La libertad de expresión es más amplia que la

libertad de información, al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo que se justifica en que tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de exactitud. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 79/2014, de 28 de mayo (conteniendo reseña de otras tales como SsTC 174/2006, 29/2009 y 50/2010), expresa lo siguiente: *“el Tribunal ha subrayado que en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos, y la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión”*.

El propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 105/1990, vino a sentar que *“la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales (...) dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”* (Fundamento Jurídico 4º). Añadiendo, en la sentencia antes citada, nº 79/2014, que *“desde el canon propio de la libertad de expresión, cuando una declaración equivale a un juicio de valor, debe basarse en una base factual suficiente”* mencionando al respecto la STEDH de 22 de octubre de 2007 (casos Lindon y otros contra Francia).

Ahora bien, si lo dicho es así, la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio” que, conforme a la Resolución (20) de 1997 del Consejo de Europa, *“abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”*. Discursos, tengámoslo en cuenta, que a pesar de la simpleza de la que hacen gala se exteriorizan como alentadores y motivadores, en suma, efectivos atendiendo a su poder movilizador.

Es la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social conforme dispone el artículo 10 de nuestra Constitución, la que está en juego, la que debe suponer el límite de la protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado y, llamémosle con generosidad, “peculiar” entendimiento de la historia o concepción del mundo. La negación o justificación de una barbarie como es el genocidio chocan frontalmente con la dignidad de las víctimas o de sus descendientes.

Claro que introduciendo, como no puede ser de otro modo, el concepto de dignidad, nos enfrentamos al problema, uno más, de qué se entiende por la misma. En palabras del propio Tribunal Constitucional (ver, en tal sentido, el Fundamento de Derecho 3 de su sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril) la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10.1, constituye un valor jurídico fundamental, “germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes, debiendo ser considerada como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”. Percibe, pues, nuestra Constitución la dignidad

como base valorativa o principio interpretativo/axiológico y no como derecho fundamental subjetivo invocable directamente. La sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional, ya mencionada, afirma que “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (ver Fundamento de Derecho 8).

Resulta evidente, por lo demás, que todas las formas y manifestaciones de racismo son incompatibles con los valores en que se fundamenta la Unión Europea, debiendo enmarcarse la lucha contra el racismo y la xenofobia en el contexto de los derechos humanos y fundamentales. Dispone el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: *En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.* Debiendo mencionar y recordar a estos efectos, igualmente y sin ánimo de exhaustividad, la Resolución de 29 de diciembre de 2000, de lucha contra el racismo y la xenofobia en la Unión Europea o la Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL

Si un límite, estamos de acuerdo, a la libertad de expresión lo constituye la difusión de ideas execrables contrarias a la dignidad de la persona, la cuestión sobre la que me hace reflexionar la sentencia objeto del comentario es si hasta el punto de aparecer como tipificación penal concreta la mera difusión de aquéllas. Dicho de otra manera, ¿es aceptable jurídicamente la previsión de un tipo penal específico que tipifique la mera difusión de ideas u opiniones?, ¿no estaríamos tipificando delitos de opinión con incidencia negativa en el sistema político democrático del que nos hemos dotado?

Varios son los interrogantes que me surgen tras la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007:

- ¿Realmente se pone en peligro, siquiera sea de manera abstracta, algún bien jurídico merecedor de protección penal como el expresado por el Fiscal General del Estado o el Abogado del Estado en sus respectivos escritos de alegaciones de generarse un clima de aceptación y olvido de tales hechos, pudiendo propiciar el surgimiento de brotes de violencia racial o étnica no deseados?;
- ¿Acaso no existirían otros tipos penales que dispensarían tal protección sin necesidad de castigar, reitero, la mera difusión de determinadas expresiones, opiniones y valores?;
- ¿Tienen razón en sus respectivas alegaciones tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado cuando afirman que no sólo se pretende proteger a ciertas minorías o a los que fueron y son víctimas del delito de genocidio sino también a la sociedad en su conjunto?;
- ¿Precisa la sociedad tal protección penal, sea quizá por su falta de madurez democrática?;

- Siguiendo con las alegaciones del Abogado del Estado, ¿se trata, con la tipificación penal, de impedir la realización de acciones que el legislador ha valorado como causas de impulso directísimo a la perpetración de graves delitos que dañan a los intereses más esenciales de la convivencia humana? O ¿se trata, como afirma el Ministerio Fiscal, de impedir tales comportamientos habida cuenta del elemento tendencial que conllevan, encaminándose a hacer surgir estados de opinión tergiversados tratando de fomentar el olvido del mismo?;
- ¿No estaremos restringiendo el ámbito de las libertades comunicativas a mensajes socialmente inocuos?.

La sentencia que nos trae causa recuerda acertadamente en su Fundamento Jurídico 4 que “*en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución*”, lo que implica, sigue manifestando el TC, “*la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías*”.

Ahora bien, la cuestión que resuelve el Tribunal Constitucional es más delicada si cabe, pues el artículo 607.2 del Código Penal tipificaba la mera difusión de ideas negacionistas o justificativas de los delitos de genocidio definidos (ex artículo 607.1 del Código Penal) como conductas guiadas por el “*propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso perpetrando*” algunos de los actos que se recogen. Sin embargo, reitero, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona al Tribunal Constitucional es más delicada dado que lo que el artículo 607.2 tipificaba es la simple difusión de ideas sin ninguna intención adicional como la de llevar a cabo acciones positivas de proselitismo o ensalzamiento xenófobo o racista, tampoco incitar a la mismas, ni tan siquiera enaltecer a los genocidas o pretender desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas, tal y como planteó el órgano judicial proponente de la cuestión. Es decir, estamos ante la tipificación penal de una acción consistente en el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de expresión y como tal, en principio, amparada por el mismo.

Ante tal realidad, parto de la premisa básica personal de que, en principio, no conviene tipificar como delito la mera transmisión de ideas por muy execrables que sean, lo cual no quiere decir que el ordenamiento jurídico no deba prever y contemplar determinadas respuestas ante el ejercicio ilegítimo o abusivo de tal derecho fundamental si bien, y con carácter general, fuera del ámbito penal, por ser el Derecho Penal la última ratio, el último recurso que debe utilizar cualquier Estado por carecer de otros mecanismos menos lesivos de protección de determinados bienes jurídicos. Coincido, así, con el Profesor Del Rosal Blasco² cuando indica que “*el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal exigen que éste no extienda*

2. DEL ROSAL BLASCO, B, “La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995”, JORGE BARREIRO, BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (Coordinadores): “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Civitas, 2005.

sus conminaciones penales a todos los bienes, valores o intereses protegibles sino sólo a los más importantes, dignos y necesitados de protección; y, además, que esa protección no se extienda a todos los ataques sino únicamente a aquéllos que sean más graves o intolerables”

Dos son las cuestiones sobre las que el Tribunal Constitucional reflexiona y que deben someterse a consideración. Por un lado el bien/es jurídico/ protegido/s por el precepto penal y, por otro, el elemento intencional. Trataré, siquiera sea brevemente, cada uno de dichos extremos.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Por lo que respecta al bien jurídico protegido (elemento garantista que viene a dar razón del por qué de la intervención estatal, además de ratificar el principio de culpabilidad y de lesividad) es importante preguntarse por la base sobre la que se tipificó la conducta prevista en el precepto cuya constitucionalidad se planteó, la cual debe estar mediada por la verificación de su real lesividad (constatación del daño), siendo quizá insatisfactoria, a mi parecer, la sola referencia a la peligrosidad abstracta de la conducta (peligro para la convivencia pacífica) como elemento justificador de su punición, aún entendiendo el intento de evitar el peligro potencial de generar un estado de opinión favorecedor de actitudes xenófobas o racistas. En este extremo, pues, no comparto las tesis mantenidas por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal expresadas en sus respectivos escritos de alegaciones.

Al hilo de lo anterior, el Fundamento Jurídico 4 de la sentencia ofrece, a mi juicio, reflexiones que bien podrían apoyar mi posición, las cuales podrían resumirse en que (con cita literal) *“el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducida a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”*.

Parto, como ya he indicado en líneas anteriores, de la más amplia protección del derecho a la libertad de expresión (también, lógicamente, de la libertad informativa) coincidiendo con el parecer del Tribunal Constitucional de que, entiendo que expuesto a modo de premisa, *“el ámbito constitucional protegido no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la propia esencia de la Constitución”*. Sentada tal premisa, no debemos dar la espalda al hecho cierto de que los derechos fundamentales o, si se prefiere, su ejercicio no se encuentra investido de una carácter absoluto o ilimitado en tanto en cuanto todos y cada uno de aquéllos conviven con el resto de sus homónimos, no pudiéndose permitir que con base en el ejercicio de un derecho fundamental se lesionen otros derechos o bienes que poseen, igualmente, relevancia constitucional, entrando en juego, entiéndase en caso de colisión de derechos constitucionales, el principio de proporcionalidad con sus tres parámetros de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El número 4 del artículo 20 de la Constitución prevé expresamente que *“estas liber-*

tades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

En el caso concreto que nos trae causa, el Tribunal Constitucional perfila perfectamente los contornos de la reflexión a realizar cuando afirma, en el Fundamento Jurídico 4 de su sentencia, que *“el problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el artículo 20 de la Constitución o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos”.*

Percibida, en definitiva, la colisión entre derechos fundamentales, correspondía al Tribunal Constitucional, a partir de la definición y valoración constitucional de los bienes jurídicos en juego, considerar el principio de proporcionalidad como criterio básico para juzgar la constitucionalidad del artículo 607.2 del Código Penal. Y llegados a este punto, me permito poner en duda la eficaz aplicación de tal principio en la sentencia cuyo comentario nos ocupa. Efectivamente, tras su lectura, echo de menos una mayor constatación de los tres requisitos o condiciones siguientes en la toma de la decisión mayoritaria, esto es, si la medida punitiva es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

De tal manera es así que, como ya he dejado dicho, una de las tareas es la determinación de los bienes jurídicos a proteger para una vez determinados, y tras el juicio de proporcionalidad a llevar a cabo dada la efectiva restricción en el ejercicio de un derecho fundamental que supone el artículo 607.2 del Código Penal, concluir si los mismos merecen ser protegidos con la implantación de un sistema punitivo penal en perjuicio del derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

El bien jurídico protegido, señalado por la sentencia en su Fundamento Jurídico 5, es la igualdad de todas las personas protegido en el artículo 14 de la Constitución y, consiguientemente, el derecho a no ser discriminado en íntima conexión con el respeto a la dignidad de la persona del artículo 10 del texto constitucional (sic): *“... el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia –a cualquier pueblo o a cualquier etnia- son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos ...”.*

Es en la dignidad de la persona, en definitiva, en donde el Tribunal Constitucional encuentra la esencia del bien jurídico protegido a contemplar en la tarea de declarar constitucional, o no, el artículo 607.2 del Código Penal (ver Fundamento Jurídico 5), afirmando que su reconocimiento constitucional *“configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales”.* Con cita de sus sentencias 214/1991, de 11 de noviembre, y 13/2001, de 29 de enero, recuerda que *“igualmente hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible*

de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista”.

Determinado así el bien jurídico a proteger de manera prevalente frente al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión reitero lo ya dicho acerca de que deseable, bajo mi particular punto de vista, hubiera sido que la opinión mayoritaria de los Magistrados expresada en la sentencia, también los votos particulares emitidos, se hubiera detenido con mayor detalle en la toma en consideración del principio de proporcionalidad, pues si bien la dignidad de la persona constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social quizá la tipificación penal de la mera difusión de ideas negacionistas o justificativas del holocausto resultaba excesiva por no idónea e innecesaria.

ELEMENTO INTENCIONAL

Es en el elemento intencional donde la mayoría de los miembros de la Sala del Tribunal Constitucional encuentra la razón para diferenciar las distintas conductas típicas recogidas en el artículo 607.2 del Código Penal (recordemos, negación y justificación). A ello ocupa sus Fundamentos Jurídicos 8 y 9.

Como cuestión previa, interesante resulta atender a la definición del término “incitación”, considerando la definición que de “incitar” se contiene en el Diccionario de la Real Academia Española: “*inducir con fuerza a alguien a una acción*”.

La pregunta es ¿la difusión de la negación o justificación de los delitos de genocidio conlleva, per sé, incitación, según definición dada por la Real Academia Española de la Lengua, merecedora de responsabilidad penal?.

El Tribunal Constitucional mientras que por lo que respecta a la negación del delito de genocidio no aprecia elemento tendencial alguno de incitación, sí lo cree implícito en su justificación, siquiera sea de manera indirecta, lo que le lleva a concluir, por mayoría, la inconstitucionalidad de la primera de las conductas tipificadas, no así de la segunda.

Entiendo que debió el Tribunal Constitucional recurrir a tal elemento intencional obligado por la necesidad de justificar su decisión mayoritaria, alejándose del tenor literal del precepto cuestionado (recordemos que se tipificaba la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen sin ningún otro aditamento, ni provocación, ni vejación o humillación de las víctimas) para no contrariar el Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio (suscrito en Nueva York el 9 de diciembre de 1948) que caracteriza los actos de genocidio por un elemento intencional común consistente en su comisión para intentar destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

No se entienda tal personal consideración en el sentido de censurar a la Sala la labor hermenéutica realizada hasta el punto de concluir su inadecuación a Derecho, pues, aún no compartiéndola, la misma encuentra perfecto acomodo en lo dispuesto en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil en tanto en cuanto obliga a la interpretación literal de las normas “*en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*” con especial

atención *“al espíritu y finalidad”* de las mismas. En tal sentido, no quisiera dejar pasar la oportunidad de citar la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 253/1988, de 20 de diciembre, en tanto en cuanto se apoya en las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3.1 del Código Civil para sostener la necesidad de realizar una interpretación conforme a la Constitución: *“las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3.º del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Y esa acomodación ha de ser observada no sólo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada ‘interpretación integradora’, cuando, como ocurre en el presente supuesto, la adecuación a un determinado precepto constitucional así pudiera exigirlo”*.

La tacha, en definitiva y en esencia, no deriva de tal apreciación sino de lo que, reitero bajo mi personal punto de vista, entiendo suponía de excesivo el artículo 607.2 del Código Penal al tipificar una conducta que, aún ciertamente reprobable, venía amparada por el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión considerando la descripción dada por el legislador a la conducta típica.

Como sabemos, hasta la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el texto del artículo 607.2 se mantuvo (con la supresión desde el 7 de noviembre de 2007 del término “nieguen o”), quedando suprimido a partir de la misma.

El actual artículo 510 creado por la Ley Orgánica 1/2015, vigente desde el 1 de julio de 2015 y cuyo origen lo encontramos también en el anterior artículo 607.2, se encuentra encuadrado en la Sección Primera (“De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”), Capítulo IV (“De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”) del Título XXI que tipifica los “Delitos contra la Constitución”, ubicación sistemática distinta con respecto a la que se encontraba el derogado artículo 607.2 que recordemos era en el Título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), Capítulo II (“Delitos de genocidio”).

No me cabe la menor duda que la actual regulación del tipo penal vino a despejar algunas dudas, existentes hasta entonces, acerca de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional en justificación de la constitucionalidad de la conducta típica contenida en el hoy derogado artículo 607.2. Y ello por cuanto ya sólo el título del actual artículo 510 (“Provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos”) denota la exigencia de concurrencia del elemento intencional no previsto expresa y explícitamente en aquél sino sólo exigido en virtud de la sentencia que me ha venido entreteniéndome a lo largo de estas líneas.

En tal sentido, y aún cuando ciertamente el primer párrafo de la letra b) del número 2 del actual artículo 510 del Código Penal no contenga dicción expresa a la intención de *“quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo ...”* una interpretación sistemática de la conducta típica prevista ayuda a no vernos obligados a realizar una labor interpretativa tan forzada como la llevada a cabo por la sentencia

235/2007 del Tribunal Constitucional en aras a concluir su constitucionalidad, como también ayuda el hecho cierto de prever una pena agravada para el caso de que con tal actuación “*se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos*”, aclarando, desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido, como es en esencia la dignidad, que no pocas dudas generaba la dicción del artículo 607.2 derogado, pudiendo afirmar, por tanto, que el legislador ha mejorado claramente su técnica.

A MODO DE BREVES CONCLUSIONES PERSONALES

1. Como ha quedado patente, echo de menos en la sentencia del Tribunal Constitucional, también en los cuatro votos particulares emitidos, el principio de proporcionalidad como criterio básico para juzgar la constitucionalidad del artículo 607.2 del Código Penal.

Que todo derecho fundamental queda limitado por la necesidad de hacerlo compatible con los demás derechos y bienes protegidos por la Constitución es evidente, como también lo es que ello nos conduce a plantearnos la adecuación de la intervención legislativa con incidencia restrictiva en el contenido de ellos, haciendo prevalecer otro u otros, como un ejercicio de ponderación en la búsqueda de una solución a la posible colisión entre los mismos.

2. La sentencia Tribunal Constitucional, así como sus votos particulares, al fundamentar su decisión en el elemento tendencial o intencional podría ser objeto de crítica por lo que de asunción supone de las funciones de legislador, esto es, por inmiscuirse en cuestiones de legalidad ordinaria que en absoluto le competen, reconstruyendo una norma, vía interpretación, de cara a concluir su constitucionalidad. Dicho de otra manera, los argumentos ofrecidos podrían ser tachados de interpretación de legalidad ordinaria que no incumbe llevar a cabo al Tribunal Constitucional y sí a los correspondientes órganos de la Jurisdicción ordinaria.

3. Al hilo de lo dicho en el apartado inmediatamente anterior, la decisión mayoritaria alcanzada (también los respectivos votos particulares, incluso en mayor grado), no se guía en su argumentación por una interpretación literal del precepto pudiendo llegar a vulnerar el principio de legalidad al no exigir la incitación a la comisión del delito o el ensalzamiento del genocidio o genocidas.

4. Sin negar la posibilidad de aplicar criterios distintos a los derivados de la propia literalidad en la aplicación de la norma penal, como el criterio teleológico (espíritu y finalidad de la misma), no debe olvidarse que el Derecho Penal en su conjunto está informado por el principio de mínima intervención por lo que la licitud del tipo deberá concluirse cuando el fin de protección que la norma persigue así lo aconseje. Y es en este aspecto en el que el Tribunal Constitucional pudo sobrepasarse en su interpretación.

5. Y finalmente me pregunto ¿basta que el legislador a la hora de tipificar la mera difusión de ideas u opiniones, por muy execrables que sean, persiga la salvaguarda de un interés público legítimo o es necesario, además, que ese interés sea directamente reconducible a un bien o valor constitucionalmente garantizado?. La sentencia no lo deja claro.