

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	19
PRÓLOGO.....	21
<i>por</i> ÁNGEL GARRORENA MORALES y JAIME M. PERIS RIERA	
AGRADECIMIENTOS.....	31
INTRODUCCIÓN .....	35

### PARTE 1.<sup>a</sup>

#### **LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA ANTE EL FENÓMENO NEGACIONISTA**

CAPÍTULO 1. LA MEMORIA COLECTIVA EUROPEA Y LA SUPERACIÓN DE SU TRÁGICO PASADO (UNA PRESENTACIÓN).....	49
1. El Holocausto como trágico «contra-mito» frente al que se re-funda Europa .....	49
2. La superación de un pasado traumático: Historia, memoria y Derecho (perspectiva general) .....	52
CAPÍTULO 2. EL NEGACIONISMO: IDENTIFICACIÓN DEL FENÓMENO Y POSIBLES RESPUESTAS .....	61
1. El fenómeno negacionista: precisiones conceptuales.....	61

2.	Particular estudio del negacionismo del Holocausto y su distinción con el revisionismo histórico.....	66
2.1.	<i>Caracteres diferenciales del negacionismo del Holocausto y sus métodos y axiomas</i> .....	66
2.2.	<i>Aproximación a la evolución del movimiento negacionista del Holocausto</i> .....	71
3.	Respuestas frente a los «asesinos de la memoria»: el anti-negacionismo ante un «pasado que no pasa».....	82

## PARTE 2.<sup>a</sup>

### LA LUCHA DEL DERECHO CONTRA EL NEGACIONISMO

CAPÍTULO 3	MARCO INTERNACIONAL Y EUROPEO EN LA LUCHA CONTRA EL NEGACIONISMO.....	89
1.	La falta de instrumentos internacionales en la lucha contra el negacionismo (Naciones Unidas y Consejo de Europa) .....	90
2.	Normativa de la Unión Europea: La Decisión marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.....	95
2.1.	<i>El fatigoso iter hasta el nacimiento de la Decisión marco y sus antecedentes</i> .....	96
2.2.	<i>La Decisión marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre</i> .....	103
2.2.1.	El diseño básico del delito de negacionismo ofrecido por la Decisión marco: castigo del negacionismo en la lógica de la lucha contra el racismo y la xenofobia ...	105
2.2.2.	Las cualificaciones adicionales: posibilidades de restricción del ámbito punitivo según los modelos nacionales.....	107
2.2.3.	La horquilla penológica prescrita y el castigo de la incitación a la provocación negacionista .....	108
2.2.4.	La cláusula de garantía de las libertades fundamentales en el marco multinivel de tutela de los derechos fundamentales .....	110
2.2.5.	Dudas acerca de la eficacia vinculante de la Decisión marco para la definición de un delito de negacionismo armónico en Europa.....	116
3.	El negacionismo en las decisiones y la jurisprudencia de organismos internacionales .....	119

ÍNDICE

3.1.	<i>El Comité de Derechos Humanos de la ONU: decisión del caso Faurisson y otros informes posteriores</i> . . . . .	119
3.2.	<i>La Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> . . . . .	123
3.2.1.	Notas sobre el marco general de la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. . . . .	123
3.2.2.	La Comisión Europea de Derechos Humanos ante los discursos negacionistas . . . . .	127
3.2.3.	Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso negacionista . . . . .	133
	—Negacionismo y revisionismo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (introducción a los casos) . . . . .	133
	—La «guillotina» del Tribunal Europeo contra el negacionismo del Holocausto y la más modesta respuesta ante discursos revisionistas y negacionistas de otros graves crímenes . . . . .	144
	—Recapitulación crítica: la delgada línea entre la garantía del pluralismo y la defensa de la democracia. Contraste con la jurisprudencia ante otros discursos incompatibles con los valores democráticos . . . . .	155
CAPÍTULO 4 EL DELITO DE NEGACIONISMO EN LAS PRINCIPALES DEMOCRACIAS OCCIDENTALES. . . . .		169
1.	La legislación anti-negacionista en los Estados miembros de la Unión Europea . . . . .	172
1.1.	<i>Estados pioneros en la lucha anti-negacionista: Alemania, Francia y Bélgica</i> . . . . .	172
1.1.1.	Alemania y el delito de la «mentira de Auschwitz». . . . .	172
	—La dignidad humana como valor supremo del ordenamiento constitucional alemán y el castigo de las expresiones negacionistas . . . . .	172
	—Los orígenes de la lucha anti-negacionista: primeros tipos penales y su interpretación jurisprudencial . . . . .	174
	—El caso Deckert y la Ley de lucha contra la criminalidad alemana ( <i>Verbrechensbekämpfungsgesetz</i> ) de 28 de octubre de 1994 . . . . .	177
	—La legislación anti-negacionista actual: el castigo del negacionismo del Holocausto y de otros discursos negacionistas . . . . .	181
	—La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ( <i>Bundesverfassungsgericht</i> ): particular consideración a las sentencias de 13 de abril de 1994 y de 4 de noviembre de 2009. . . . .	183
		11

1.1.2.	Francia y el castigo del «negacionismo simple» de los crímenes de los países del Eje en la II Guerra Mundial. . . . .	189
	—La Ley Gayssot y la incriminación del negacionismo de los crímenes de la II Guerra Mundial. . . . .	189
	—La presunción de ofensividad de los discursos negacionistas . . . . .	193
	—Bien jurídico y el debate acerca de la «memoria» y la «verdad histórica» como objetos de protección . . . . .	196
	—La extensión del castigo a la negación de otros delitos y la decisión del <i>Conseil Constitutionnel</i> n.º 2012-647. . . . .	198
1.1.3.	Bélgica y el elemento «tendencial» implícito en el delito anti-negacionista . . . . .	202
	—El castigo del negacionismo en Bélgica. . . . .	202
	—La interpretación del delito anti-negacionista por la <i>Cour d'arbitrage</i> (sentencia de 12 de julio de 1996): el elemento tendencial implícito . . . . .	205
1.2.	<i>La legislación anti-negacionista en el resto de Estados miembros</i> . . . . .	209
1.2.1.	Los delitos de negacionismo en Austria, Luxemburgo y Portugal . . . . .	209
1.2.2.	La influencia de la Decisión marco europea en el diseño de los delitos anti-negacionistas de Chipre y Malta . . . . .	215
1.2.3.	El delito de negacionismo en los países del Este y su particular sensibilidad por los crímenes comunistas . . . . .	217
1.3.	<i>El ordenamiento italiano y los intentos de incorporación de un delito de negacionismo</i> . . . . .	223
1.3.1.	Reconocimiento constitucional de la libertad de manifestación del pensamiento y sus límites . . . . .	223
1.3.2.	Los delitos de opinión y su necesaria consideración como presupuesto de la sanción penal de las conductas negacionistas: los delitos de instigación y apología y la legislación especial anti-fascista, contra el genocidio y anti-racista . . . . .	228
1.3.3.	Los intentos de incriminar las conductas negacionistas en Italia . . . . .	242
	—Las fallidas propuestas de incriminación del negacionismo. . . . .	242
	—El «disegno di legge» de la senadora S. AMATI y sus vicisitudes parlamentarias . . . . .	244
1.4.	<i>Otros países reticentes a la incorporación de delitos de negacionismo</i> . . . . .	248
2.	Otras democracias con vivencias cercanas al Holocausto: Suiza e Israel . . . . .	252
2.1.	<i>Suiza</i> . . . . .	252
2.2.	<i>Israel</i> . . . . .	254

ÍNDICE

3.	Contraste de modelos constitucionales: el discurso negacionista en EE.UU. y Canadá. . . . .	255
3.1.	<i>Estados Unidos</i> . . . . .	255
3.2.	<i>Canadá</i> . . . . .	265
3.2.1.	Manifestaciones anti-semitas en la escuela: asunto Regina c. Keegstra. . . . .	267
3.2.2.	Negacionismo y publicación de noticias falsas: asunto R. c. Zündel. . . . .	272
3.2.3.	A modo de conclusión: ponderación concreta de los distintos elementos en las medidas restrictivas de la libertad de expresión . . . . .	276
CAPÍTULO 5. LA REPRESIÓN PENAL DEL NEGACIONISMO EN ESPAÑA. . . . .		279
1.	Notas introductorias sobre la libertad de expresión y de información y sus límites en la Constitución española . . . . .	279
1.1.	<i>La delimitación interna de las libertades de expresión y de información</i> . . . . .	279
1.2.	<i>Los valores que fundamentan las libertades de expresión y de información y el rechazo a la democracia militante</i> . . . . .	285
1.3.	<i>Los límites (externos) a las libertades de expresión y de información: (matizada) posición personalista de los valores que sustentan las potenciales limitaciones</i> . . . . .	288
2.	Pluralismo y sanción de las manifestaciones racistas como discursos contrarios a los valores constitucionales y la tutela de la investigación histórica (la «parcial» perspectiva constitucional). . . . .	293
3.	El contexto del delito de negacionismo: el castigo de la apología y otras figuras conexas en el Código penal de 1995 (la más «concreta» visión penalista). . . . .	307
4.	El art. 607.2 del Código penal de 1995 como antecedente del vigente delito de negacionismo . . . . .	321
4.1.	<i>Los trabajos de elaboración del art. 607.2 CP y sus antecedentes</i> . . . . .	321
4.2.	<i>Análisis del tipo penal (según su formulación originaria en el Código penal de 1995) y su relación con otros delitos afines. Las dudas abiertas</i> . . . . .	325
4.2.1.	Descripción del tipo penal en una lectura apegada al tenor literal. . . . .	326
4.2.2.	Los intentos doctrinales para lograr una interpretación de <i>lege lata</i> restrictiva del precepto . . . . .	332
4.2.3.	(sigue) El fundamento de la intervención penal: a la búsqueda de un adecuado contenido ofensivo para el tipo penal. Posición crítica . . . . .	337

4.2.4.	Un primer enjuiciamiento constitucional del delito: Excesivo adelantamiento de la barrera penal e ilegitimidad constitucional del bien jurídico como límite a la libertad de expresión. . . . .	344
5.	La respuesta del Tribunal Constitucional: STC 235/2007, caso Varela . . . . .	348
5.1.	<i>El caso Varela en los órganos de instancia (antes de la sentencia constitucional)</i> . . . . .	348
5.2.	<i>Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional y sus votos particulares</i> . . . . .	353
5.2.1.	La decisión del Tribunal: presentación de la argumentación . . . . .	353
5.2.2.	Valoración de la sentencia . . . . .	363
—	Impecable concepción del ordenamiento constitucional español bajo el paradigma del modelo abierto y rechazo de la democracia militante. . . . .	363
—	El «deslizante» criterio de la «mera difusión de ideas» para definir el contenido esencial de la libertad. . . . .	365
—	La limitación de la libertad de expresión ante manifestaciones racistas. Matices con respecto a la pauta del «deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por su condición». . . . .	367
—	Distanciamiento del Tribunal Constitucional con respecto a la doctrina del TEDH . . . . .	368
—	Matizaciones en la delimitación de la libertad científica. . . . .	369
—	Precisiones en la definición de las acciones típicas de «negar» y «justificar» . . . . .	370
—	La censurable «manipulación» del art. 607.2 y el débil contenido ofensivo como delito de clima. Insalvable inconstitucional en un adecuado enjuiciamiento constitucional . . . . .	371
—	El discurso negacionista en el ordenamiento constitucional español . . . . .	384
6.	Pero la cuestión seguía abierta: <i>Roma locuta, causa «nom» finita</i> . . . . .	388
6.1.	<i>El cierre en instancia del caso Varela y otra jurisprudencia posterior a la sentencia del TC (casos Librería Europa II y Librería Kalki)</i> . . . . .	388
6.2.	<i>Reconstrucción de lege lata del art. 607.2 CP a la luz de la jurisprudencia constitucional y ordinaria (recapitulación)</i> . . . . .	397
6.2.1.	Fundamento político-criminal y bien jurídico: la lucha contra la xenofobia y la protección de la dignidad humana como bien jurídico supra-individual . . . . .	398
6.2.2.	Contenido ofensivo y dolo del art. 607.2 CP. . . . .	400
—	La delimitación de la acción típica . . . . .	401

ÍNDICE

— Peligrosidad e idoneidad lesiva de la conducta. . . . .	403
— La extensión del dolo en el delito de negacionismo. . . . .	408
7. El delito de negacionismo tras la reforma del Código penal de 2015 . . . . .	410
7.1. <i>Panorámica del «nuevos» art. 510 tras la reforma de 2015: el castigo del negacionismo en el marco de la lucha contra el racismo y la xenofobia.</i> . . . . .	410
7.2. <i>El específico castigo de las conductas negacionistas por el art. 510.1.c) CP.</i> . . . . .	417
7.2.1. Delimitación de la conducta típica. . . . .	417
7.2.2. (Sigue) Contenido de injusto y peligrosidad. . . . .	419
7.2.3. Bienes jurídicos tutelados y su legitimidad constitucional . . . . .	422
7.2.4. La extensión de la pena. . . . .	424
7.2.5. Balance de la reforma del delito de negacionismo . . . . .	425

**PARTE 3.ª**

**LA PELIGROSA FRONTERA DE LA INCRIMINACIÓN DEL NEGACIONISMO**

CAPÍTULO 6. RECONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE NEGACIONISMO BAJO EL PRISMA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN UN ORDENAMIENTO ABIERTO Y PERSONALISTA . . . . .	429
1. La difícil caracterización del discurso negacionista. . . . .	429
1.1. <i>La dañosidad social del discurso negacionista y su caracterización social (recapitulación).</i> . . . . .	429
1.2. <i>Notas acerca de la imprecisa diferenciación entre negacionismo «simple» y «cualificado»</i> . . . . .	433
1.3. <i>¿El discurso negacionista es discurso del odio?</i> . . . . .	436
2. La justificación previa de la intervención penal: intento de delimitación del contenido de injusto de los discursos negacionistas . . . . .	439
2.1. <i>De la voluntad legislativa al bien jurídico-penal</i> . . . . .	439
2.1.1. El camino para el progresivo reconocimiento del delito de negacionismo desde las primeras legislaciones nacionales hasta la Decisión marco europea: la protección de la memoria del Holocausto nazi y la expansión del racismo y la xenofobia como fundamento . . . . .	439
2.1.2. Discurso negacionista y ofensa al bien jurídico-penal. Consideraciones previas sobre la identificación de un bien jurídico al delito de negacionismo en perspectiva comparada . . . . .	441

2.2.	<i>Libertades constitucionales en «potencia» ejercicio en el discurso negacionista: colisiones en el ejercicio de las libertades de expresión, ideológica y científica. Propuesta de un bien jurídico-penal compatible con estas libertades.</i> . . . . .	446
2.2.1.	Delimitación <i>prima facie</i> de la libertad en el discurso negacionista . . . . .	448
2.2.2.	La protección del discurso negacionista en su potencial conflicto con otros bienes o valores constitucionales. Revisión del bien jurídico en consideración a un ordenamiento abierto y personalista . . . . .	454
2.3.	<i>Negacionismo, de la concepción como «hechos históricos claramente establecidos» a la supervisión judicial del «método académico»: ¿criterios válidos de distinción entre lo lícito y lo ilícito?</i> . . . . .	469
3.	Revisión crítica de las diversas configuraciones típicas del delito de negacionismo en el marco europeo: propuesta de relectura constitucionalmente orientada . . . . .	475
3.1.	<i>El modesto balance de la «armonización» legislativa en la UE.</i> . . . . .	475
3.2.	<i>La definición de la conducta típica: acciones típicas, crímenes objeto de negación y otros elementos del tipo.</i> . . . . .	478
3.2.1.	El (irresoluble) déficit de taxatividad de la amplia gama de acciones típicas en relación con el discurso negacionista . . . . .	478
3.2.2.	La «discutible» ampliación de los crímenes objeto de negación . . . . .	482
3.2.3.	Otros elementos restrictivos del ámbito punitivo . . . . .	484
	—Publicidad . . . . .	484
	—Determinación judicial de los crímenes objeto de negación o aprobación por sentencia judicial firme de un tribunal nacional o internacional . . . . .	485
	—Dirigidas contra grupos de personas o sus miembros definidos en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico . . . . .	486
3.3.	<i>La ofensividad de la conducta típica: de la presunción de ofensividad al carácter instigador o vejatorio. Propuesta crítica.</i> . . . . .	487
3.3.1.	La ofensividad « <i>in se</i> » de las conductas negacionistas o la presunción de su peligrosidad . . . . .	489
3.3.2.	Los discursos negacionistas y su carácter provocador (en sentido impropio). Crítica . . . . .	496
	—Rechazo de la formulación como «delito de clima» o perturbador del «orden público» por la peligrosidad (potencial) de la conducta . . . . .	502
	—Preferible tipificación como forma de provocación cuando se genere un peligro «cierto» e «inminente» de comisión de actos de discriminación o violencia delictivos contra un grupo social o sus miembros . . . . .	507

## ÍNDICE

3.3.3.	Déficit de ofensividad en un intento de configuración como delito a «dolo específico». Inaceptable adelanto de la tutela penal. . . . .	514
3.3.4.	<i>Ex malis minor</i> : el delito de negacionismo como delito de ofensa por su carácter vejatorio o insultante para los miembros de un grupo social. Posible refuerzo con dolo específico (modelo portugués). . . . .	515
CAPÍTULO 7. LA INCRIMINACIÓN DEL NEGACIONISMO, UNA RESPUESTA INADECUADA ANTE UN FENÓMENO EXECRABLE (A MODO DE EPÍLOGO) . . . . .		521
1.	Dudas y razones acerca de la «(in)-conveniencia» de recurrir a la sanción penal frente al discurso negacionista. . . . .	521
2.	El carácter «simbólico» de la respuesta penal al negacionismo del Holocausto. . . . .	526
3.	Negacionismo y nuevos delitos de opinión en la sociedad del riesgo, «temerosa» y «débil» . . . . .	530
4.	La dignidad humana como meta-valor y su deriva anti-liberal constitutiva de un nuevo «orden público normativo» . . . . .	538
5.	Hacia la contracción constitucional de las democracias abiertas: particular efecto de la convergencia supranacional. . . . .	545
6.	Reflexión conclusiva: la democracia, una sociedad sin padre . .	551
CONCLUSIONES. . . . .		557
BIBLIOGRAFÍA . . . . .		571
—	Prensa . . . . .	601
	• <i>Artículos de opinión</i> . . . . .	601
	• <i>Noticias y reportajes</i> . . . . .	601
—	Sentencias y otras resoluciones jurisdiccionales . . . . .	602
	• <i>Comité de Derechos Humanos de la ONU</i> . . . . .	602
	• <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> . . . . .	602
	• <i>Comisión Europea de Derechos Humanos</i> . . . . .	604
	• <i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> . . . . .	605
	• <i>Tribunal Constitucional</i> . . . . .	605
	• <i>Tribunal Supremo</i> . . . . .	608
	• <i>Otra jurisprudencia española</i> . . . . .	608
	• <i>Corte Costituzionale (Italia)</i> . . . . .	608
	• <i>Corte di Cassazione</i> . . . . .	610
	• <i>Otra jurisprudencia italiana</i> . . . . .	611
	• <i>Bundesverfassungsgericht (Alemania)</i> . . . . .	611
	• <i>Conseil Constitutionnel (Francia)</i> . . . . .	611

• <i>Cour constitutionnelle (Bélgica)</i> .....	611
• <i>Hoge Raad (Países Bajos)</i> .....	611
• <i>Alkotmánybíróság ( Hungría)</i> .....	612
• <i>Supreme Court. (EE.UU.)</i> .....	612
• <i>Supreme Court. (Canadá)</i> .....	612
— Informes, recomendaciones, propuestas y dictámenes .....	613
— Páginas web .....	615

## ABREVIATURAS.

AAVV:	Autores Varios.
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales.
AFDUDC:	Anuario da Facoltade de Dereito da Universidade da Coruña.
AP:	Audiencia Provincial.
Apart.:	Apartado.
Art.:	Artículo.
Arts.:	Artículos.
Artt.:	Articoli.
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS:	Auto del Tribunal Supremo.
BGH:	Bundesgerichtshof.
BVerfGE:	Bundesverfassungsgericht.
Cap.:	Capítulo.
CDFUE:	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE:	Constitución española.
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
Cort. Cost.:	Corte Costituzionale.
Cost. it.:	Constitución italiana.
Cost. it.:	Costituzione italiana.
CP it.:	Código penal italiano.
CP:	Código penal.
Cfr.:	Consúltese.
DTC:	Declaración del Tribunal Constitucional.
D. Lgs.:	Decreto Legislativo.
Dir. Imm. Citt.:	Diritto immigrazione e cittadinanza.
EE.MM.:	Estados Miembros.
EE.UU.:	Estados Unidos.

FJ:	Fundamento Jurídico.
Foro It.:	Foro italiano.
Giur. Cost.:	Giurisprudenza Costituzionale.
Giur. Cost.:	Giurisprudenza Costituzionale.
Giur. It.:	Giurisprudenza Italiana.
Giust. Pen.:	Giustizia Penale.
ONU:	Organización de Naciones Unidas.
L. cost.:	Legge costituzionale.
L.:	Legge.
N.:	Número.
REDC:	Revista Española de Derecho Constitucional.
Riv. Pen.:	Rivista Penale.
Riv. Trim. Dir. Pubbl.:	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.
S. p.:	sin paginar.
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial.
Sec.:	Sección.
Sent. Cass.:	Sentenza Cassazione.
Sent. Cort. Cost.:	Sentenza Corte Costituzionale.
Sent.:	Sentencia.
Sez.:	Sezione.
Ss.:	Siguientes.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
StGB:	Código penal alemán.
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC:	Tribunal Constitucional.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Tít.:	Título.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
Trib.:	Tribunal.
TS:	Tribunal Supremo.
UE:	Unión Europea.
<i>Vid.:</i>	Véase.

[en línea]: publicaciones en Internet (revistas digitales, blog, etc.). Cuando se trata de documentos disponibles en Internet se referencia «disponible en» o «accesible en» y la web donde se pueden encontrar.

[base de datos en línea]: cuando el texto ha sido tomado de una base de datos en línea y por tanto el formato de éste puede variar con respecto a la publicación original en la revista correspondiente.