

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL DERECHO PENAL ANTE EL NEGACIONISMO. COMENTARIO A LA SAP DE BARCELONA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2024 (CASO DE LA LIBRERÍA EUROPA III)¹

Carmen Alastuey Dobón

Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

Title: *Criminal Law in the face of denialism. Commentary on the Sentence of the Provincial Court of Barcelona dated 9 September 2024 (Case Europa Bookshop III).*

Resumen: Este trabajo analiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 2024, que condena por tercera vez al titular de la librería Europa de Barcelona por la venta de libros y otros materiales de ideología nazi. Se trata de la primera sentencia que aplica el precepto destinado específicamente a la sanción del fenómeno negacionista desde la reforma del Código Penal en esta materia por la LO 1/2015, el art. 510.1. c). El análisis se centra fundamentalmente en dos cuestiones clave. Primero, en la negativa de la Audiencia a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre los tipos del art. 510.1, y, segundo, en los criterios adoptados como base de la condena.

Palabras clave: Negación o enaltecimiento del genocidio. Distribución de materiales de ideología nacional-socialista. Castigo del negacionismo. Delitos clima. Libertad ideológica. Libertad de expresión.

Abstract: *This paper analyzes the Sentence of the Provincial Court of Barcelona dated 9 September 2024, which condemns for the third time the*

¹ Este trabajo desarrolla una de las líneas de investigación del Grupo de Estudios Penales, grupo de investigación de referencia financiado por el Gobierno de Aragón y dirigido por Miguel Ángel Boldova Pasamar, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza.

owner of the Europa bookstore in Barcelona for selling books and other materials of Nazi ideology. This is the first sentence that applies the provision specifically intended to punish the denialist phenomenon since the reform of the Spanish Penal Code in this matter by LO 1/2015, art. 510.1. c). The analysis focuses on two key issues. First, in the Court's refusal to raise a question of unconstitutionality regarding the types of art. 510.1, and, second, in the criteria adopted as the basis for the sentence.

Keywords: *Denial or glorification of genocide. Distribution of National Socialist ideological materials. Punishment of denialism. Climate crimes. Ideological freedom. Freedom of expression.*

Sumario: 1. Introducción. - 2. Precedentes. - 2.1. Los anteriores procesos de la librería Europa. - 2.2. El caso de la librería Kalki. - 2.3. Algunas conclusiones. - 3. La SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2024 o caso de la Librería Europa III. - 4. Análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia. - 4.1. Sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 510.1 CP. - 4.2. Sobre la subsunción de los hechos en los tipos penales del art. 510.1 CP.

1. Introducción

La sentencia de la AP de Barcelona (Sección 6.^a) de 9 de septiembre de 2024² representa la tercera condena a Pedro Varela Geiss, titular de la librería Europa, por vender materiales vinculados al negacionismo del holocausto nacional-socialista y organizar actividades de propaganda nazi. Los hechos son, por tanto, viejos conocidos, y la discusión sobre su relevancia jurídico-penal se remonta a la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998. Como también es sabido, este primer proceso de la librería Europa fue el origen de la tantas veces citada y comentada STC 235/2007, en la que se declara inconstitucional el inciso del derogado art. 607.2 CP referido a la mera negación del genocidio, al considerarse este discurso amparado por la libertad de expresión. Lo novedoso de la resolución de la AP de Barcelona de 2024, y la razón por la que suscita un particular interés, es que esas actividades se enjuician ahora a la luz de la regulación vigente en materia de castigo del fenómeno negacionista³ desde la reforma del Código penal operada por LO 1/2015. Pero, sobre todo, la sentencia merece atención por tra-

² ECLI:ES:APB:2024:9710.

³ Entendido el concepto en sentido amplio, como comprensivo de los supuestos de negación, justificación y minimización de los delitos de genocidio o de lesa humanidad, así como del enaltecimiento del delito o de sus autores en el marco del revisionismo histórico. Sobre el concepto y sus diferentes acepciones, véase Fronza, E.: «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 5, 2011, pp. 105 ss., 120. Véanse, además, las precisiones conceptuales y el estudio del fenómeno efectuados por Teruel Lozano, G. M.: *La lucha*

tarse, salvo error por mi parte, del primer pronunciamiento judicial que aplica el precepto encaminado específicamente a reprimir las conductas de perfil negacionista o apologético de crímenes contra la comunidad internacional o de sus autores: el art. 510.1 c) CP.

En los procesos de la librería Europa que aplicaban la regulación anterior a 2015, su propietario fue condenado en primera instancia no solo por el delito de difusión de ideas genocidas del art. 607.2 CP, sino también por el de provocación al odio tipificado en el art. 510.1 CP. Dado que los hechos que originaron esa doble condena eran los mismos, aquellas sentencias venían a reconocer el parentesco que une a estas figuras delictivas⁴, en tanto que orientadas, ya desde sus orígenes en el Derecho penal español, al igual que en otros ordenamientos jurídicos europeos, a combatir por la vía penal el discurso xenófobo y racista, y, en general, discriminatorio⁵. Quedaba pendiente, en todo caso, delimitar el ámbito típico de cada una de ellas, algo que se antojaba cuanto menos complejo sin identificar previamente el objeto de tutela y, aun antes, sin aclarar las dudas de constitucionalidad que planteaban ambos preceptos en relación, principalmente, con su posible conflicto con la libertad de expresión. La STC 235/2007, y la posterior interpretación de su contenido por parte de los tribunales del orden penal, entre los que se incluyen las secciones de la AP de Barcelona que resuelven sendos recursos de apelación en el caso de la librería Europa, así como el TS en el caso de la librería Kalki (STS 259/2011), vinieron a aportar algo de luz respecto a algunas de estas cuestiones. Como recordaré a continuación, estos pronunciamientos judiciales en los casos de las librerías acogen la doctrina sentada por el TC en su interpretación del canon de legitimidad constitucional de las modalidades de negación y justificación del genocidio del art. 607.2. Tras considerar incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión el castigo de la primera y acorde, en cambio, con los postulados constitucionales la sanción de la segunda, siempre que se interpretase como una incitación indirecta al genocidio, el TC procede a situar el precepto en el contexto de las figuras delictivas antixenófobas con las que guarda similitud, tratando de delimitar sus contornos. Desde su punto de vista, la interpretación realizada del art. 607.2 como «modalidad específica de

del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 61 ss.

⁴ Y ello con independencia de que, precisamente por tratarse de los mismos hechos, de apreciarse un concurso de delitos —tesis que sostienen los juzgados de lo penal en sus respectivas sentencias, con el argumento, insuficientemente explicado, de que protegen bienes jurídicos distintos— la solución adecuada hubiese sido la del concurso ideal, y no la del concurso real, que fue la modalidad aplicada en ambos procesos. Ello lo advierte y critica la SAP, Sección 2.ª, 259/2010, de 26 de abril, FJ 9, al resolver el recurso de apelación en el segundo proceso.

⁵ Véase la Exposición de Motivos de la LO 4/1995, de 11 de mayo, que introdujo en el Código penal de 1973 el delito de provocación o incitación a la discriminación en el art. 165 ter y el delito de apología del genocidio en el art. 137 bis b).

incitación al delito», «dota al precepto de un ámbito punible propio y específico», distinto de la provocación directa al delito de genocidio castigada en el art. 615 CP y diferenciable también de la conducta del art. 510.1 que concibe como una provocación directa a la discriminación, al odio y a la violencia⁶.

Sin haber transcurrido el tiempo suficiente para valorar las virtudes y defectos de la interpretación de los tipos esbozada⁷, así como para desarrollar sus repercusiones prácticas, el panorama descrito se vio alterado por la reforma de estas figuras delictivas en el año 2015. El antiguo delito del art. 510.1 mutó en una incitación (ya no provocación) directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia, conforme al vigente art. 510.1 a) CP, y la otrora difusión de ideas o doctrinas justificativas del genocidio, fue reubicada y transformada, de acuerdo con la redacción del art. 510.1 c) CP, en una negación (¡de nuevo!), trivialización grave o enaltecimiento de delitos de genocidio u otros contra la comunidad internacional o de los autores de los mismos, sin que se exija expresamente un componente de incitación, ni siquiera indirecta, a la comisión de esos delitos, pues el precepto se limita a requerir que el discurso negacionista «promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación», lo que, desde luego, no es lo mismo que una incitación indirecta a delinquir. Al ampliarse el ámbito típico de ambas infracciones y desdibujarse los límites que habían sido propuestos para distinguirlas, se hace precisa una nueva exégesis de su contenido y contornos, más si cabe en la medida en que su actual regulación conjunta confirma la coincidencia esencial en el sentido de tutela. Por otra parte, el art. 510.1 incluye ahora, en su letra b), un delito destinado a sancionar a quienes distribuyan, posean con la finalidad de distribuir, difundan o vendan materiales idóneos por su contenido para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados o grupos o sus miembros. Ni que decir tiene que esta novedosa figura delictiva, sin parangón en la regulación anterior, merece ser atendida a la hora de valorar la significación jurídico-penal de las conductas por las que se acusa en el caso analizado. Conviene tener presente, en fin, la idéntica penalidad prevista para estos tres delitos y, por cierto, una de considerable gravedad: prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, lo que apunta, al menos desde la perspectiva del legislador, a una equiparación en el grado de lesividad de las conductas que allí se describen⁸.

⁶ STC 235/2007, FFJJ 5 y 9.

⁷ Recordemos que hasta la STS relativa al caso de la librería Kalki, en el año 2011, el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido de estos preceptos.

⁸ En la regulación anterior, la provocación al odio tenía señalada una pena de prisión de uno a tres años y, también, multa de seis a doce meses, mientras que la pena de la justificación del genocidio se castigaba con prisión de uno a dos años.

En el tercer proceso de la librería Europa se acusaba a varias personas por los tres delitos recogidos en el art. 510.1 CP —además de por otro de pertenencia a organización criminal—, por lo que se brindaba a la AP de Barcelona la oportunidad de adentrarse, en primera instancia, en la interpretación de los actuales tipos penales, y, sobre todo, de aportar pautas sobre la relación que debe establecerse entre ellos. Como veremos, la sentencia decepciona en este punto, pues se limita a rechazar, con exigua fundamentación, que los hechos probados realicen los tipos de las letras a) y b) del mismo precepto, y, desde mi punto de vista, no profundiza lo suficiente en los argumentos que le llevan a subsumir las conductas en el art. 510.1 c). En particular, hubiera sido deseable que proporcionase una interpretación más ajustada a los parámetros constitucionales del requisito típico, incorporado en la reforma de 2015, que requiere la promoción o el favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad odio o discriminación contra determinados grupos definidos por la etnia, raza u otros rasgos.

Si se acepta, como punto de partida de cualquier análisis de estas figuras delictivas, que su configuración legal adolece de deficiencias, puede comprenderse que la reciente resolución de la AP de Barcelona no haya conseguido, ni seguramente pretendido, desenredar la maraña en su totalidad, pero lo cierto es que el órgano sí tuvo ocasión de poner la primera piedra en ese cometido. Las defensas de los acusados sostuvieron durante el proceso, en palabras de la Audiencia, «de forma reiterada y ampliamente motivada» la necesidad de que el tribunal plantease una cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 510.1 a) del Código penal, con suspensión del plazo para dictar sentencia, lo que fue considerado improcedente. Creo, en cambio, que la Audiencia hubiera acertado de pleno planteando la cuestión de inconstitucionalidad, ampliándola, de oficio, al resto de las figuras delictivas previstas en el art. 510.1 CP.

2. Precedentes

Aunque el contexto legislativo haya cambiado, el análisis del caso de la librería Europa III requiere la toma en consideración, siquiera breve, de los anteriores procesos⁹. No analizaremos con detalle los argumentos

⁹ Para una ampliación sobre el contenido y análisis de las sentencias relativas a estos procesos véanse Landa Gorostiza, J. M.: «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, 2012, pp. 316 ss.; Ramos Vázquez, J. A.: «La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art. 607.2 del Código penal)», *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 124 ss.; Iñigo Corroza, E.: «Caso de la librería Europa», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.): *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 613 ss.; y Teruel Lozano, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 348 ss. y 388 ss.

de las sentencias de los juzgados de lo penal n.º 3 y n.º 11 de Barcelona, pero sí se hará referencia a las sentencias de la AP de Barcelona de 2008 y 2010 que resolvieron sendos recursos de apelación interpuestos contra aquellas, confirmando las condenas por difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio, y revocando las condenas por el delito de provocación al odio. Además, por su similitud con los hechos enjuiciados mediante el fallo que nos ocupa, y por tratarse de la única sentencia del Tribunal Supremo sobre la materia, se expondrán los argumentos de la ya citada STS 259/2011 en el caso de la librería Kalki. Esta casa en su totalidad la sentencia de instancia, absolviendo a los condenados de los delitos previstos en los arts. 510.1 y 607.2 en la redacción del momento. La referencia a estos procesos anteriores se justifica también por que la sentencia comentada en estas páginas toma como base de su fundamentación jurídica el contenido de los referidos pronunciamientos, aunque es discutible que extraiga en todo caso las conclusiones adecuadas.

2.1. *Los anteriores procesos de la librería Europa*

El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, en sentencia de 16 de noviembre de 1998, había condenado a Pedro Varela, por «un delito continuado de genocidio» (sic) del entonces vigente art. 607.2 CP a la pena de dos años de prisión, más las accesorias, y por un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia del art. 510.1 CP a la pena de tres años de prisión y doce meses de multa. Una vez interpuesto el recurso de apelación contra esta sentencia, la AP de Barcelona, Sección 3.ª, planteó el 9 de junio de 1999 una cuestión de constitucionalidad en relación con el posible conflicto del art. 607.2 CP con la libertad de expresión que no fue admitida a trámite. Celebrado el juicio oral y vista la causa para sentencia, volvió a plantear cuestión de inconstitucionalidad por el mismo motivo mediante auto de 14 de septiembre de 2000, siendo esta vez admitida aquella a trámite y resuelta por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde, como es de sobra conocido, fue declarado inconstitucional el inciso «nieguen o» del precepto, y avalada la modalidad típica de difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar el genocidio, siempre que tal justificación operase como incitación indirecta al mismo delito, en los términos del FJ 9 de la sentencia¹⁰.

¹⁰ Véanse los análisis de esta sentencia, que no va a ser comentada aquí detalladamente, realizados por Lascuraín Sánchez, J. A.: «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2010, pp. 69 ss.; Ramos Vázquez, J. A.: «La declaración de inconstitucionalidad...», cit., pp. 120 ss.; Rodríguez Montañés, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 309 ss.; Rollnert Liern, G.: «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión. (A propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, n.º

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal retiró la acusación contra Pedro Varela por el delito del art. 607.2 y solicitó que se confirmara la condena por el delito de provocación al odio (art. 510.1 CP), mientras que las acusaciones particulares solicitaron la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus términos. Finalmente, la AP de Barcelona dicta su resolución el 5 de marzo de 2008. En ella, parte del criterio que utiliza el TC para delimitar el delito de provocación al odio del de justificación del genocidio, según el cual, la provocación a la que se refería en aquel momento el art. 510.1 había de ser directa, mientras que en el caso del art. 607.2 bastaba con acreditar la difusión de ideas que supusiesen una incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio. Con ese argumento rechaza la aplicación del delito de provocación al odio —que, por otra parte, considera prescrito, aunque con dudas¹¹—, al entender que de los hechos probados no se puede extraer conducta alguna de incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia¹². En cuanto al delito del art. 607.2, recordó su vinculación a la STC, lo que implicaba la exoneración de toda sanción penal respecto a los hechos probados referidos a la difusión de doctrinas que niegan el holocausto, pero entendió que algunas de las publicaciones realizan el tipo de justificación pública del genocidio conforme a la interpretación realizada por el TC, pues en su contenido general «se aprecia (...) una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad»¹³. Por lo demás, descarta la continuidad delictiva, que había sido apreciada en primera instancia, y aplica la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, condenando a una pena de siete meses de prisión¹⁴.

Inadmitido el recurso de amparo planteado ante el TC con base en la posible infracción de los arts. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva), 25 (principio de legalidad), 16 (libertad ideológica) y 20 (libertad de expresión) de la Constitución, se presenta demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 5 de noviembre de 2009. El TEDH resuelve el asunto en su sentencia (Sección 3.^a) de 5 de marzo de

73, 2008, pp. 103 ss.; Sanz-Díez de Ulzurrun Escoriaza, J.: «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en Cuerda Riezu / Jiménez García (Dirs.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 283 ss.; Sanz Pérez, A. L.: «Libertad de expresión y la negación de los crímenes contra la humanidad: la negación de los límites. Comentario a la STC 235/2007», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 18, 2008, pp. 13 ss.; Suárez Espino, M. L.: «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», *InDret* 2/2008, *passim*; y Teruel Lozano, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 353 ss.

¹¹ FJ 1.

¹² FJ 4.

¹³ FJ 5.

¹⁴ FFFJ 6 y 7, respectivamente.

2013 (Caso Varela Geiss contra España). Varela basó su demanda, primero, en la vulneración de los arts. 6.1 y 6.3 a) del Convenio, por haber sido condenado en apelación por la difusión de ideas o doctrinas que justificaban el genocidio, pese a que el delito no figuraba en el escrito de acusación y no fue condenado por él en primera instancia, y, segundo, en la infracción de los arts. 9 y 10 del Convenio, relativos a los derechos a la libertad ideológica y de expresión.

El TEDH da la razón al demandante en el primer motivo, por lo que condena a España a una indemnización de 13.000 euros. Considera que, en efecto, fue acusado por negación del genocidio y condenado por tal modalidad típica en la sentencia de primera instancia, y que no tuvo conocimiento de la recalificación de los hechos de «negación» en «justificación» del genocidio por parte de la Audiencia Provincial, con lo que se vio afectado su derecho a la defensa. Por lo que respecta al segundo motivo, alegaba el demandante que él solo era vendedor de libros escritos por terceros, publicaciones que no están prohibidas en España, que se encuentran a disposición para consulta en la Biblioteca Nacional y cuyos autores no han sido perseguidos. También se apoya en la sentencia del TS en el caso de librería Kalki, que absolvió a los libreros. Sin embargo, lamentablemente, el TEDH, al aceptar la violación del art. 6 del Convenio, rehúsa entrar a valorar si la condena de la AP de Barcelona supuso además una infracción de los arts. 9 y 10 del Convenio.

Mientras tanto, el Juzgado de lo Penal n.º 11 de Barcelona, en sentencia de 5 de marzo de 2010, había vuelto a condenar a Pedro Varela por provocación al odio y difusión de ideas que justifican el genocidio. La SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 259/2010, de 26 de abril, resuelve el recurso de apelación contra la citada sentencia y, como en el proceso anterior, absuelve al acusado del primer delito y confirma la condena por el segundo. La AP basa nuevamente su argumentación, en este caso más detallada, en las pautas interpretativas ofrecidas por la STC 235/2007, que dotaba a estos delitos de ámbitos de intervención diferenciados. Resumidamente, según la AP, la conducta definida en el art. 607.2, la definida en el art. 510 y la descrita en el art. 615 (provocación al genocidio, de conformidad con el concepto de provocación que ofrece el art. 18 CP) «se articulan como conductas punibles sucesivas en relación a la entidad y proximidad del peligro (de lesión)». Y así, en cuanto a los tipos que nos interesan, «la provocación típica del artículo 510 debe ser directa, esto es, dirigida inequívocamente, de forma abierta a la comisión de conductas constitutivas de delito¹⁵, quedando fuera del ámbito de protección típica la mera exposición o difusión de ideas, incluso discriminatorias, o el ensalzamiento de actos y doctrinas que de forma indirecta justifica-

¹⁵ Así en el FJ 8. En cambio, de las afirmaciones que realiza en el FJ 9 (véase a continuación en el texto) se deduce que la AP no restringe la aplicación del art. 510 a los casos en que se provoca a la comisión de delitos.

ran las mismas con el riesgo de poder hacer surgir en otras personas la resolución de delinquir, la que (...) integraría la materia de prohibición del artículo 607.2». El arco punitivo, por tanto, se extendería, de menos a más, desde la prohibición de difundir ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio (art. 607.2), hasta la prohibición del genocidio (art. 607.1) pasando por la prohibición de la provocación al genocidio (art. 615). Entre el art. 607.2, que supone el máximo adelantamiento de las barreras de protección, y la provocación del genocidio, se encontraría el art. 510, que también es exponente de un adelantamiento de las barreras de protección, pero en menor medida que el art. 607.2¹⁶.

Pues bien, entiende la Audiencia que de los hechos probados no se deduce «un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo o raza», que pudiese dar lugar a la aplicación del art. 510.1, sino que «suponen exclusivamente una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor)»¹⁷. En cuanto al art. 607.2, lo considera un delito de peligro abstracto para el bien jurídico protegido, que define como «la dignidad de los seres humanos por el solo hecho de formar parte de la especie, al margen de la raza, etnia (...) y su correlativo derecho a no ser discriminado», de manera que la aplicación correcta del precepto requiere comprobar que la conducta típica presenta esa peligrosidad o capacidad objetiva *ex ante* de poner en riesgo el bien jurídico. Y es aquí donde se refiere a los elementos que, a su juicio han de servir para constatar dicha peligrosidad. Considera que esta no se dará si la venta de libros como «Mi lucha» u otros, se realiza en el marco de una amplia y variada labor editorial, o si se vende puntualmente un ejemplar, ni tampoco si se escribe un artículo o un libro que justifique esas ideas. Para entender prohibida la conducta, debe darse un plus representado por «el hecho de difundir (que es algo más que escribir, editar o vender) aquel mensaje en condiciones y situación que suponga en sí misma un peligro para la dignidad de toda persona humana y de los colectivos determinados que pueden verse afectados (peligro potencial) por un mensaje indirecto o subliminal de violencia o menosprecio». En opinión de este Tribunal, no cabe duda de que el acusado había desempeñado una intensa labor de difusión de la ideología nacionalsocialista y racista, siendo la librería Europa un referente español e internacional de literatura revisionista. Cita, además, como prueba de dicho afán divulgativo del mensaje nazi, el anuncio de venta en su página web de obras de escaso interés histórico o científico, así como la sistemática organización de conferencias, profusamente publicitadas, sobre dichas ideas o doctrinas. Por otra parte,

¹⁶ FJ 8.

¹⁷ Rechaza la AP (FJ 9) la posibilidad de aplicar conjuntamente ambos delitos, pues considera una contradicción fáctica y jurídica que los mismos hechos puedan ser considerados a la vez una incitación indirecta a la discriminación (art. 607.2) y una incitación directa a los mismos fines y por las mismas razones (art. 510.1).

considera relevante el contexto social donde se difunde tal ideología, a juicio del Tribunal proclive a que calen estos mensajes, apelando, a este respecto, al peligro cierto que representan en nuestro país, por su historia reciente, las ideologías fascistas, y al incremento de la inmigración, que ha dado lugar a episodios xenófobos¹⁸.

2.2. *El caso de la librería Kalki*

El Tribunal Supremo no tuvo ocasión de pronunciarse en los procesos de la librería Europa, pero sí lo hizo en un caso de características muy similares, el de la librería Kalki, ubicada también en Barcelona, en la STS 259/2011, de 12 de abril. El TS resolvía el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por la AP de Barcelona (Sección 10.^a) 892/2009, de 7 de octubre, en la que condenaba al propietario de esta librería, donde se vendían y distribuían publicaciones con contenido de propaganda nazi y negacionista del holocausto, editores y distribuidores, cuatro personas en total, por los delitos a los que nos venimos refiriendo de difusión de ideas que justifican el genocidio y provocación a la discriminación, y, además, a tres de ellas por el delito de asociación ilícita de los arts. 515. 4.º y 5.º y 517.2 CP, conforme a la redacción vigente en aquel momento, por su pertenencia a la asociación «Círculo de Estudios Indoeuropeos». La STS, que se acompaña de un voto particular, absuelve a los cuatro acusados de todos los cargos. En cuanto al delito de asociación ilícita, el TS, sin discutir la ideología de la asociación, entiende que no se ha acreditado que se tratase de una organización orientada a promover la discriminación o a incitar a ella¹⁹; y, en cuanto al delito art. 510.1, utiliza el TS para la absolución los argumentos que sostenía la AP de Barcelona en los procesos de la librería Europa. En efecto, asumiendo las propuestas interpretativas de un sector de la doctrina²⁰, entiende que la referencia típica a la provocación («los que provocaren»), requiere partir de los requisitos de tal acto preparatorio (art. 18 CP), salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, dada la mención legal a la provocación al odio. Por

¹⁸ FJ 7. Como señala, con razón, Landa Gorostiza, J. M.: «Incitación al odio...», cit., p. 138 y nota 47, la Audiencia se contradice en este punto, pues en el FJ 6 rechaza que deba exigirse un «contexto de crisis» para aplicar el tipo, en contra de las propuestas de este autor (*La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999, pp. 352 ss., con los matices que introduce en «Incitación al odio...», cit. p. 341), pero acaba haciendo depender la peligrosidad potencial de la difusión de las características del contexto social donde se vierte el mensaje difundido.

¹⁹ FJ 2.

²⁰ Así, Laurenzo Copello, P.: «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pp. 253 ss.; y Díaz y García Conlledo, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 371.

tanto, a juicio del Tribunal, es preciso, en cualquier caso, para considerar realizado el tipo, que concurra una incitación directa a la comisión de actos mínimamente concretados de discriminación, odio o violencia contra determinados grupos, elemento incitador que no aprecia en los hechos considerados probados²¹.

Nos detendremos ahora en la argumentación con la que el TS fundamenta la absolución por el delito de difusión de ideas que justifican el genocidio. Como no podría ser de otra manera, también el TS parte de la doctrina sentada por el TC en su sentencia 235/2007, en el sentido de que no basta para incurrir en el tipo del art. 607.2 con que se difundan ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio, o que lo disculpen o consideren un mal menor, sino que es preciso, además, que la difusión de esas ideas constituya una incitación indirecta a su comisión, por su contenido, forma y ámbito de difusión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión que dé lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos. Solo así, entiende el TS, puede considerarse que las conductas representan «un peligro real para los bienes jurídicos protegidos» —aunque no aclara cuáles son estos—, bastando con que se trate de un peligro abstracto, en el sentido de potencial o hipotético, donde lo que importa es la capacidad de la conducta para crear un peligro relevante. Con el fin de determinar si los actos poseen suficiente aptitud para generar dicho peligro —continúa—, no hay que atender solo al contenido de lo difundido, sino también a la forma en que se lleva a cabo la difusión, a cuyo efecto es relevante la sociedad o el ámbito social en que aquella se realiza. A este respecto entiende que la sociedad española solo muy minoritariamente acoge estas ideas o doctrinas, siendo mayoritario el rechazo de las mismas o la indiferencia. Así las cosas, para que la difusión del mensaje esté en condiciones de crear un peligro para el bien jurídico protegido, haría falta que el autor utilizase medios que, además de facilitar la publicidad y el acceso de terceros, pudieran «mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes».

No sucede esto, en opinión del TS, en el caso enjuiciado. Entiende indudable el Alto Tribunal que las expresiones contenidas en los pasajes reproducidos en los hechos probados tienen un contenido vejatorio hacia los judíos y otros colectivos, resultan ofensivos, atentan contra su dignidad y pueden considerarse lesivos para el derecho al honor de las personas que lo integran. Cuestión distinta, explica, es que concurran los requisitos típicos del art. 607.2, conforme a la interpretación realizada de los mismos. A su modo de ver, la distribución de esos materiales por parte de editores o libreros «no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales

²¹ FJ 1.

a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación del genocidio, se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos, o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio, y sin que tampoco (...) se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos». No se aprecia, añade, en los hechos probados lo exigible para aplicar el tipo, pues no se ha realizado «ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares (...) referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros (...) o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquellas, o que aconsejaran de alguna forma su puesta en práctica».

En definitiva, aunque el TS reconoce que la conducta de los acusados constituye una difusión de ideas favorables al régimen nazi, y que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, no puede afirmarse, en su opinión, que la difusión de esas ideas a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas implique una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra determinados colectivos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos²².

2.3. *Algunas conclusiones*

Del contenido de estas sentencias, expuesto en apretada síntesis, pueden extraerse a modo de recapitulación algunas conclusiones sobre la interpretación realizada de las figuras delictivas descritas en los arts. 510.1 y 607.2 CP antes de la reforma de 2015, al margen de su aplicación a los casos concretos. La SAP de Barcelona de 2010 parte de que el delito de provocación al odio y el de difusión de ideas genocidas protegen el mismo bien jurídico, a saber, la dignidad de las personas y del colectivo al que pertenecen y su correlativo derecho a no ser discriminados, si bien sus ámbitos típicos se encuentran claramente delimitados en función de la mayor o menor proximidad a la lesión del bien jurídico. El delito de provocación al odio, en tanto que merecedor de una interpretación restrictiva por sus déficits de taxatividad y por su posible fricción con la libertad de expresión, habría de incorporar algunos de los elementos del acto preparatorio de provocación. Debía entenderse, por tanto, como una provocación directa, es decir, clara y explícita, a la realización de actos delictivos o, al menos, a actitudes de auténtica y real hostilidad.

²² FJ 1.

A la provocación le sería exigible, para considerarla típica, un «peligro cierto, real y próximo» y, aclara, no solo potencial —por lo que puede interpretarse en términos de peligro concreto— de generación de hechos violentos o discriminatorios. En un nivel inferior de peligrosidad se encontraría la conducta de difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En este caso, estaríamos ante una incitación indirecta a la comisión del genocidio que representa un peligro abstracto para el bien jurídico protegido, interpretado en términos de peligro hipotético o potencial («capacidad objetiva ex ante» de lesionar el bien jurídico protegido)²³. Dicha peligrosidad se presume inherente a la acción, salvo que se pruebe que ha sido excluida de antemano, en cuyo caso no quedará realizado el tipo. Entendidos los tipos como una progresión en el grado de afectación al mismo bien jurídico, queda vedada su aplicación conjunta, en concurso de delitos²⁴. La relación entre ambos, por tanto, ha de articularse a través del concurso de leyes²⁵.

El análisis que lleva a cabo el TS del caso de la librería Kalki acoge gran parte de estas tesis, fundamentalmente en lo referido al carácter directo de la incitación a la realización de actos discriminatorios exigida en el caso del art. 510.1, que permitiría distinguir este delito del de difusión de ideas genocidas, concebido, en los mismos términos que la AP de Barcelona, como una incitación indirecta al genocidio. También comparte la consideración de esta última figura como un delito de peligro hipotético. Sin embargo, no se pronuncia de manera explícita sobre la clase de peligro requerido en el art. 510.1 ni sobre cómo concibe la relación entre los dos preceptos. Tampoco detalla, como apuntábamos, qué bien jurídico ha de entenderse protegido por estas figuras delictivas. No obstante, respecto a esta cuestión realiza interesantes consideraciones que parecen apartarse, al menos en parte, de la tesis sostenida sobre el particular por la AP de Barcelona, y que, a mi juicio, puede orientar la identificación del objeto de tutela en la regulación actual. La dignidad de la persona, como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE) es concebida por el TS como «la razón central de los planteamientos que desarrollan e incorporan a los textos positivos las formulaciones de los derechos humanos» respecto al tratamiento jurídico de las doctrinas basadas en la discriminación de determinados grupos y sus integrantes, aunque, desde

²³ En realidad, de considerarse que el bien jurídico protegido es la dignidad —o el honor, como manifestación de aquella— este podría entenderse lesionado. En el fondo, la Audiencia Provincial no consigue explicar cómo concibe la incitación indirecta al genocidio.

²⁴ El concurso (ideal) de delitos solo sería factible, dice la AP (FJ 9), si de la distinta ubicación sistemática se infiriese, «hilando fino», que cada delito protege un bien jurídico distinto, tesis que la Audiencia no comparte.

²⁵ Aunque, conforme a este planteamiento, su relación no sería de ley general (510) y ley especial (607.2), como proponía Landa a partir de una interpretación distinta de la STC 235/2007, que rechaza la limitación del ámbito típico del art. 510.1 a las incitaciones directas (Landa Gorostiza, J. M.: «Incitación al odio...», cit., pp. 336 ss.).

su punto de vista, la respuesta no ha de ser necesariamente una sanción penal. Partiendo de esta comprensión de la dignidad como *ratio legis* de la regulación, más que como bien jurídico protegido, descarta asimismo que la exégesis de los delitos estudiados haya de enfocarse desde la protección del honor de personas o grupos. En este punto, regresa a las SsTC 214/1991 y 176/1995 para recoger la doctrina que excluye del ámbito protegido por la libertad de expresión las afecciones al honor representadas por el discurso vejatorio, de menosprecio o insulto. Pero, según su parecer, aunque una expresión resulte ofensiva para un colectivo y pueda considerarse lesiva para el derecho al honor de las personas que lo integran, y aunque suponga un atentado a su dignidad y su derecho a la igualdad de trato, ello no sería suficiente para considerar realizados los tipos de los arts. 510.1 y 607.2 CP. Estos tipos poseen un componente incitador que ha de tener aptitud para generar, con mayor o menor lejanía, actos específicos de violencia, odio o discriminación contra grupos o sus integrantes. En consecuencia, el bien jurídico protegido tiene que ser otro.

3. La SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2024 o caso de la librería Europa III

Procederé, a continuación, a exponer un resumen de los antecedentes de hecho (1) fundamentos de derecho (2) y consecuencias jurídicas que considera aplicables la Audiencia en el tercer proceso de la Librería Europa (3).

1. La acusación versa sobre las actividades realizadas entre el 10 de abril de 2006 y el 8 de julio de 2016. Pese a que Pedro Varela había cumplido penas de prisión por difundir ideas que justifican el genocidio con base en las condenas recaídas en 2008 y 2010, resulta probado que, durante el referido periodo de tiempo, no abarcado por los procedimientos anteriores, continuó editando, distribuyendo y vendiendo, tanto en la sede física de la librería como por internet, gran parte de los libros por cuya difusión pública había sido condenado previamente, así como otros de contenido similar. Dichos libros, valga recordarlo, expresan una ideología supremacista y de segregación racial contra minorías, particularmente antisemita; contienen pasajes que enaltecen y justifican las acciones llevadas a cabo por el III Reich, defendiendo la figura de Adolf Hitler y negando o trivializando el exterminio de minorías étnicas, raciales, sexuales u otras, con especial fijación en el pueblo judío²⁶. La actividad de propagación de estas ideas se llevó a cabo también a través de otros materiales, páginas web y redes sociales, y se materializó además

²⁶ Los pasajes de los libros, revistas y otros materiales que fundamentan la acusación son reproducidos minuciosamente en la sentencia a lo largo de la descripción de los antecedentes de hecho, a lo largo de un elevado número de páginas.

en la organización de conferencias abiertas al público desarrolladas principalmente en la librería, más de 200 en el periodo indicado. Se deduce, en fin, del extenso relato de los hechos probados, una intensa actividad organizada de propaganda de la ideología nacionalsocialista, apoyada en una red de canales de venta, difusión y distribución de materiales, tanto en sede física como virtual.

Junto a la acusación pública, actúan como acusaciones populares el Ayuntamiento de Barcelona y, de manera conjunta, la Federación de Comunidades Judías de España y la Asociación Movimiento contra la Intolerancia. Todas ellas se dirigen contra Pedro Varela y cinco personas más vinculadas con el entramado de edición y venta de los materiales, aunque una de ellas falleció durante la tramitación de la causa, por lo que la AP, con fecha de 6 de junio de 2023, dictó auto de extinción de su responsabilidad criminal.

La acusación se formula por los siguientes delitos:

- El delito tipificado en el art. 510.1 a) CP con el tipo agravado del art. 510.3 CP en concurso de normas (art. 8.3 CP) con el delito previsto en el art. 510.1 b), igualmente con el tipo agravado del art. 510.3 CP.
- El delito tipificado en el art. 510.1 c) CP, con el tipo agravado del art. 510.3 CP.
- Un delito de asociación ilícita del art. 515.4 CP, solicitando para Pedro Varela la aplicación del art. 517.1.º CP y para el resto de los encausados la condena por la modalidad del art. 517.2.º CP. Este cargo se basa en el hecho de que los acusados eran miembros de la «Asociación Cultural Editorial Ojeda», dedicada igualmente a la difusión y divulgación de ideas revisionistas y nacionalsocialistas.

Por su parte, las respectivas defensas interesaron la libre absolución de los acusados o, alternativamente, la aplicación de circunstancias atenuantes, entre las que destaca la de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP). Asimismo, algunas de las defensas instaron el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de una cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 510.1 a) CP, con suspensión del plazo para dictar sentencia, por la posible vulneración de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley (art. 14 CE), libertad ideológica (art. 16 CE), libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], libertad a la producción científica y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 10.1 b) CE], libertad de información y de ser informado [art. 20.1 d) CE] y libertad de reunión (art. 21.1 CE). Al parecer, las defensas motivaron dicho requerimiento en que la sanción de la incitación indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia desbordaría los límites constitucionales.

2. El Tribunal da comienzo a la fundamentación jurídica del fallo descartando la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Para ello, hace suyos los argumentos del TSJ de Cataluña expuestos en su sentencia 239/2023, de 11 de julio. Se resolvía allí un recurso de apelación presentado contra la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 8.^a) de 30 de junio de 2022, que condenaba a uno de los encausados en el caso de la librería Europa III por un delito de incitación al odio —(art. 510.1 a)—. Los hechos que motivaron la condena fueron mantener abierto un canal de YouTube con 4915 suscriptores en el que el acusado publicaba vídeos de conferencias impartidas por Pedro Varela donde este expresaba opiniones homófobas y racistas. El TSJ, tras aplicar el test de relevancia del riesgo al que se refiere el memorándum explicativo de la Recomendación de Política General n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), relativa a la lucha contra el discurso de odio, acaba estimando el recurso y absolviendo al acusado, si bien previamente había considerado improcedente plantear una cuestión de inconstitucionalidad, como había solicitado la defensa. El TSJ de Cataluña fundamenta su postura en el contenido de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en virtud de la cual la regulación del vigente art. 510 responde a la necesidad de incorporar los criterios introducidos por la STC 235/2007, así como a la de adaptar la regulación española al contenido de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de diciembre. De aquí extrae el TSJ, y comparte la AP en el caso que analizamos, que «la constitucionalidad del precepto en cuestión no es discutida y obedece a compromisos internacionales y salvaguarda de derechos fundamentales como el derecho a la igualdad», aunque, seguidamente, reconoce que el precepto debe interpretarse restrictivamente, «pues de realizarse una interpretación amplia podría colisionar con el derecho fundamental a la libertad de expresión».

En los siguientes fundamentos jurídicos analiza la Audiencia una serie de cuestiones de naturaleza procesal, en las que no nos vamos a detener, para adentrarse, a partir del fundamento jurídico séptimo, en la valoración de la prueba en relación con las acusaciones formuladas. Para empezar, rechaza la aplicación del delito de asociación ilícita (art. 515.4.º) con los siguientes argumentos: primero, que la difusión de libros discriminatorios se promovía por la librería Europa, pero no por la Asociación Cultural Editorial Ojeda; segundo, que la citada asociación no poseía una estructura y actividad asociativa propias y orientadas al delito, diferenciada de la que asumía Varela; y tercero, y por lo anterior, que la asociación «operaba como una persona jurídica meramente instrumental y sometida a la voluntad y designios» de Pedro Varela. Aclarado este aspecto, analiza la calificación jurídica de los hechos a la luz de los delitos ubicados en el art. 510.1 CP.

En primer lugar, aborda en términos generales la problemática de estas figuras delictivas desde el punto de vista del respeto a la libertad de expresión, admitiendo la complejidad de definir los límites entre este y el castigo de la incitación al odio. Sobre el particular, tras hacer notar la vigencia de dos regulaciones jurídico-penales durante el periodo de tiempo en que se llevaron a cabo los hechos enjuiciados —la anterior

y la posterior a 2015— se refiere brevemente a la doctrina del TEDH, que activa la cláusula de abuso de derecho del art. 17 del Convenio en los casos de negación del Holocausto nazi, excluyéndolos de plano de cualquier protección. A continuación, recoge los criterios sugeridos en el Plan de acción de Rabat y en la Recomendación de Política General n.º 15 de la ECRI para identificar las expresiones de odio con relevancia penal. Incluye, asimismo, apuntes sobre la doctrina del TC en materia de libertad de expresión (por ejemplo, en STC 159/1986), y sobre la imposibilidad de que esta ampare «la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas», desde el momento en que esas expresiones implican una negación de la dignidad humana, como núcleo irreductible del derecho al honor (v. gr. en STC 176/1995). También afirma, recogiendo un pasaje de la STC 235/2007, que la constitucionalidad del delito de incitación al odio requiere que este castigue conductas idóneas «para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado», un «peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados» o «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en específicos actos de discriminación». Finalmente, reproduce el fragmento de la STS 259/2011, al que ya nos hemos referido *supra*, relativo al elemento de peligrosidad requerido para que pudiera considerarse integrada en el antiguo art. 607.2 la difusión de ideas o doctrinas justificativas del genocidio²⁷.

El posterior análisis individualizado de la responsabilidad penal de los encausados comienza²⁸ con la absolución de las personas acusadas junto a Varela: dos dependientas de la librería, un maquetador y un colaborador con poderes notariales de gestión del negocio durante el tiempo en que aquel permaneció en prisión. El Tribunal argumenta, fundamentalmente, que ninguno de ellos compartía el dominio de los hechos enjuiciados. En el caso del último acusado citado, cuya absolución requiere de la Audiencia una fundamentación adicional, aduce que no existen pruebas de sus motivaciones antisemitas ni de su contribución al peligro que debe generar el delito, y termina citando el pasaje de la STS 259/2011 en el que considera impunes a los editores o libreros que ponen a disposición del público soportes documentales: aun aceptando que estos contengan alguna forma de justificación del genocidio, no se trata de actividades distintas de las esperables de su dedicación profesional, sin que se aprecie solo por ello una incitación directa al odio o una incitación indirecta a la comisión del genocidio, y sin que pueda apreciarse tampoco que esos actos creen un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos.

Llegados a este punto, el examen de la Audiencia Provincial pone el foco en los hechos atribuidos a Pedro Varela, quien, conforme a lo

²⁷ FJ 8.

²⁸ FJ 9.

probado, asumía todo el peso de la gestión de la librería, de la edición de los libros que allí se vendían y de la preparación de las conferencias que se impartían en el interior del establecimiento, por lo que no son de aplicación, entiende el Tribunal, las consideraciones realizadas respecto al resto de los acusados. Antes de abordar la posible subsunción de los hechos en los tipos penales por los que se le acusa, la Audiencia se refiere a los dos principales factores concurrentes en el caso que inclinarían la balanza a favor de la condena. Primero, el contenido de los títulos distribuidos, altamente denigrante u ofensivo para el pueblo judío y para otras minorías. A este respecto, indica que las actividades de distribución estarían centradas claramente en las obras con textos abiertos y groseramente discriminatorios, aunque alguna de ellas pudiera tener un interés histórico-científico, y se hallasen en colecciones públicas o a la venta en establecimientos comerciales. A ello habría que añadir la difusión en masa del conjunto de esas obras, así como la expansión pública de la ideología nazi mediante la organización y posterior comercialización de conferencias impartidas por parte de los autores de dichos textos, que evidenciaría el adoctrinamiento al que estaban destinadas. Y, segundo, las motivaciones discriminatorias del acusado, que extrae del dictamen pericial en el que se expone su trayectoria como miembro, y presidente durante varios años, de la organización de ideología nacionalsocialista CEDADE (Círculo Español de Amigos de Europa), creada en 1967 en Barcelona, considerada el germen del movimiento neonazi en España, y también como presidente del Partido Socialista Nacional Revolucionario (PSNR). La apertura de la librería Europa en 1991 supondría la forma de dar continuidad a la actividad propagandística de la ideología nazi²⁹.

La calificación jurídica de los hechos se inicia de manera confusa. Se reproducen, como antecedentes, únicamente los argumentos por los que en los procesos anteriores fue rechazada la calificación de los hechos como provocación a la discriminación del art. 510.1 CP en su anterior redacción —pero no los argumentos que fundamentaron la condena por difusión de ideas justificativas de genocidio— para acabar afirmando que las consideraciones realizadas al respecto por la Audiencia en aquellos procesos no son aplicables, en el proceso actual, a los hechos ocurridos mientras estuvo vigente la regulación anterior a 2015 (de 10 de abril de 2006 hasta 30 de junio de 2015) pues no se ha formulado acusación por el antiguo delito del art. 607.2. De aquí deriva la imposibilidad de condenar esos hechos a través del art. 607.2, por impedirlo el principio acusatorio, pues, en opinión de la Audiencia, el actual delito de enaltecimiento público del genocidio y sus autores no puede considerarse «sustancialmente equivalente» a aquel; ni tampoco se podrían condenar, alega la Audiencia, aplicando retroactivamente el art. 510.1 c), al ser más elevada la pena prevista en este precepto. De estas afirmaciones extrae la consecuencia

²⁹ FJ 10.

de excluir toda responsabilidad penal del acusado por sus actuaciones anteriores al 30 de junio de 2015³⁰.

Sobre esta argumentación cabe decir, para empezar, que no se alcanza a comprender la relación establecida aquí por la Audiencia entre la ausencia de condena por el antiguo art. 510.1 en las sentencias de 2008 y 2010 con la imposibilidad de aplicar el art. 607.2 CP en el proceso actual a los hechos realizados antes de la entrada en vigor de la reforma de 2015. Pero, más allá de esta incoherencia argumentativa —que parece derivarse de una confusión entre los dos preceptos de la regulación anterior a 2015—, cabe resaltar la afirmación del Tribunal según la cual se ha producido en el procedimiento un «vacío acusatorio» no subsanable mediante la invocación del precepto heredero, dando a entender —si lo interpreto bien— que de haberse acusado por el derogado art. 607.2 podrían haberse aplicado los dos delitos: el antiguo art. 607.2 a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, y el actual art. 510.1 c) a los cometidos desde su vigencia. No creo que este modo de proceder hubiera sido adecuado. Aunque existen considerables diferencias en la redacción del antiguo art. 607.2 CP y la del actual art. 510.1 c) CP, y se haya trasladado el castigo de estas conductas al ámbito de los denominados delitos de odio, entiendo que ambas figuras delictivas se orientan a proteger idénticos intereses y a combatir la misma fenomenología de casos, por lo que, a diferencia de lo apuntado por el Tribunal, pueden ser consideradas equivalentes. Con base en ello, a mi modo de ver, aunque se hubiera acusado también por el delito del art. 607.2, en el supuesto enjuiciado hubiera bastado con aplicar, en su caso, el precepto actualmente vigente, descartando el concurso de delitos.

En cuanto a los hechos realizados a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2015, rechaza que puedan dar lugar a la aplicación del art. 510.1 a) porque, aunque la reforma incluyese en el precepto la incitación indirecta a la discriminación, «la altura de la barrera constitucional de la libertad de expresión sigue estando plenamente vigente», por lo que «el delito merece una interpretación restrictiva». Y también considera inaplicable el art. 510.1 b), con el argumento de que «las formas más avanzadas del delito absorben a las prematuras, conjurándose con ello el riesgo de la doble sanción». En cambio, entiende que se dan los elementos típicos del delito recogido en el art. 510.1 c), primero porque las conductas enjuiciadas realizan las conductas allí descritas de enaltecimiento del genocidio y de sus autores y, segundo, porque los hechos promueven o favorecen un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los colectivos protegidos, en los términos exigidos en el último inciso del precepto. La acreditación de ese clima discriminatorio se justifica,

³⁰ FJ 11. Se ampara en la STEDH de 5 de marzo de 2013 (v. *supra*) que consideró infringido el derecho a la defensa del acusado en el primer proceso por condenarle por justificar el genocidio cuando únicamente se le había acusado por negarlo.

según el Tribunal, en la prueba pericial referida a algunos episodios violentos ocurridos en la ciudad de Barcelona en esos años, protagonizados por individuos o grupos afines al movimiento neonazi. Aunque no pueda afirmar que esos incidentes fuesen directamente provocados por el acusado, entiende que «existe una conexión indirecta entre la difusión de los contenidos discriminatorios y la proliferación de este tipo de criminología. O, si se prefiere, la prueba aportada justifica la realidad de un contexto eventualmente violento, que potencia la peligrosidad de los hechos enjuiciados»³¹.

3. En materia de penas aplicables, dentro del marco legal previsto (prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses), decide la Audiencia imponer una pena de prisión de 1 año y 6 meses, y 7 meses de multa con una cuota diaria de 15 euros. La elección de una pena algo más elevada que el límite mínimo la justifica en «el especial conocimiento que tenía el acusado del ilícito penal, inexcusable en quien reitera el hecho criminal». Como penas accesorias se aplican las siguientes: inhabilitación especial para profesión y oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un tiempo superior a 3 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, conforme al art. 510.5; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio vinculados a la edición, distribución y venta de libros o publicaciones tanto en sede física como virtual, ambas penas durante el tiempo de la condena (art. 56.2.º y 3.º en relación con el art. 45). Se impone, además, el decomiso y destino legal de los efectos e instrumentos del delito (art. 510.6), así como el pago de las costas procesales³².

4. Análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia

Una vez expuesto el contenido de la sentencia, es momento de detenerse en los aspectos de su fundamentación jurídica más relevantes desde la perspectiva jurídico-penal material, que limitaremos a la problemática en torno a la interpretación y aplicación de los tipos básicos del art. 510.1 CP.

³¹ FJ 11. En el mismo fundamento jurídico se descarta la aplicación del tipo agravado del art. 510.3 CP, solicitado por las acusaciones, principalmente por falta de prueba en la que fundamentar el acceso a los materiales por parte de un elevado número de personas durante el periodo de tiempo tomado en consideración. En la práctica, esta es la única repercusión que se atribuye a no valorar los hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2015. Por otra parte, se rechaza igualmente la aplicación de las circunstancias atenuantes planteadas por las defensas (FJ 12). Señala el Tribunal que no se ha interesado la posible aplicación de la agravante de reincidencia. Pero lo cierto es que, aunque se hubiera solicitado, no hubiese podido aplicarse dicha circunstancia, habida cuenta de que el antiguo art. 607.2 y el actual art. 510.1 c) se encuentran en títulos distintos del Código penal.

³² FFJJ 13, 14 y 15 y el fallo de la sentencia.

4.1. Sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 510.1 CP

Como hemos visto, la Audiencia Provincial de Barcelona considera improcedente plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 510.1 a) CP, utilizando como argumento la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, que dijo haber plasmado una regulación respetuosa con la STC 235/2007, en lo relativo a la sanción de las conductas negacionistas, y acorde con lo requerido en la Decisión Marco 2008/913 respecto al conjunto del art. 510. Este razonamiento no convence por varios motivos. Primero, porque expresa una confianza ciega en el buen hacer del legislador ordinario y, segundo, porque esos argumentos, empleados para justificar la reforma, no son adecuados para dar por sentada la constitucionalidad del art. 510.1 a): aunque fuera cierto que la vigente tipificación de las conductas negacionistas se ajuste a la doctrina del TC —lo que pondré en cuestión más adelante—, lo pretendido era determinar si el contenido del art. 510.1 a) también es conforme a dicha doctrina; y, por otro lado, resulta evidente que apelar a la adaptación del precepto a lo reclamado por la Decisión Marco no permite tampoco presumir su constitucionalidad, máxime cuando se ha reconocido ampliamente que el alcance sancionatorio del precepto excede de lo demandado en este texto del Consejo de la UE³³.

En realidad, al confrontar la redacción del art. 510.1 a) con la doctrina del TC sobre la posible fricción de la criminalización del discurso del odio con la libertad de expresión, saltan a la vista los reparos de constitucionalidad que el precepto suscita. Cabe recordar que la adecuación a los parámetros constitucionales del antiguo art. 510.1 CP era ya discutida³⁴. El TC no examinó directamente este precepto, pero, según entiendo, de la STC 235/2007 podía extraerse con claridad su concepción del delito como una provocación directa a la discriminación, al odio y a la violencia³⁵, haciendo factible así la distinción entre aquel y el delito de difusión de ideas

³³ Véase, por todos, Portilla Contreras, G.: «El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 96 s., y yo misma en una publicación anterior («Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14, 2016, p. 19). Lo admite la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019.

³⁴ Así, por ejemplo, Laurenzo Copello, P.: «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 1996, pp. 265 y 269; Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 92, 138; y Alcácer Guirao, R.: «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14, 2012, pp. 16 ss.

³⁵ De la misma opinión, por ejemplo, Alcácer Guirao, R.: «Discurso del odio...», cit., p. 23. Interpreta de otra forma las afirmaciones del TC, Landa Gorostiza, J. M.: *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 55-57.

que justifiquen genocidio del art. 607.2, configurado constitucionalmente como incitación indirecta a la comisión de dicho delito³⁶. Por lo demás, tal y como se ha puesto de manifiesto *supra*, esta es la interpretación del precepto que sostuvo la AP de Barcelona en los anteriores procesos de la librería Europa, así como el TS en el caso de la librería Kalki.

Sin embargo, con la reforma de 2015 la figura sufrió una ampliación considerable. El verbo típico «provocar» fue sustituido por las conductas de fomento, promoción o incitación, dando acogida expresamente no solo a las incitaciones directas, sino también a las indirectas, lo que impide toda interpretación del delito en términos semejantes al acto preparatorio de provocación. Entre los objetos de la incitación, se mantiene la referencia al «odio», fuertemente criticada por la doctrina desde siempre, y se añade el no menos problemático concepto de «hostilidad». Si con la regulación anterior a 2015 ya resultaba difícil defender que la incitación había de dirigirse en todo caso a la comisión de delitos, la vigente regulación lo imposibilita³⁷. Los conceptos de discriminación y violencia pueden, al menos, reconducirse a hechos ilícitos, pero no sucede lo mismo con el odio, que no es más que un sentimiento, ni con la hostilidad. Ni siquiera se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, por lo que el tipo permite castigar incitaciones implícitas a que terceros desarrollen sentimientos de odio u hostiles hacia determinados grupos de personas o sus integrantes.

Mediante esta regulación se pretende impedir la creación de un caldo de cultivo, una situación de crispación, en definitiva, un *clima* favorable a la potencial realización de actos hostiles, violentos o discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos³⁸. Por supuesto, no se castigan aquí esos actos, que, de llegar a rea-

³⁶ En el FJ 5 define el discurso del odio como «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación *directa* a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular». Y es esta manifestación del discurso del odio la que queda fuera de la libertad de expresión: «las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o (...) aquellas que inciten directamente a dichas actitudes». Posteriormente, cuando el TC enmarca el art. 607.2 en el contexto de otros preceptos con los que se encuentra relacionado, considera que la interpretación realizada de la justificación del genocidio, como «modalidad específica de incitación al delito» «dota al precepto de un ámbito punible propio y específico», distinto de la provocación directa al delito de genocidio (art. 615) y diferenciable también de la conducta del art. 510.1 que el Código «define como de “provocación” y la refiere “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones (...)”» (FJ 9).

³⁷ Así también, entre otros muchos, Fuentes Osorio, J. L.: «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, 2017, p. 27; y Landa Gorostiza, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 67.

³⁸ Como señala Galán Muñoz, A.: «Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, n.º 46, 2020, p. 46, se sancionan manifestaciones «que contribuyen a crear un clima de hostilidad que pone en peligro (...) a los integrantes de tales colectivos minoritarios, bien porque su aparición puede dar lugar a ataques delictivos contra los mismos, bien porque

lizarse, podrían ser sancionados en virtud de otros preceptos —delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación de prestaciones, etc.—; es más, ni siquiera se castiga la creación del clima que puede favorecer su comisión, por la sencilla razón de que una incitación individual no puede desencadenarlo, a no ser que el contexto social sea propicio, sino que es objeto de represión penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima.

Nos encontramos, por tanto, con un delito de amplitud desmesurada, que, al apartarse de las bases de constitucionalidad que la STC 235/2007 había sentado en relación con su antecesor, bien merece ser sometido a control³⁹. En realidad, la propia AP de Barcelona viene a reconocer este punto, cuando, incurriendo en una contradicción con su negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, afirma, parafraseando la sentencia del TSJ catalán, que «la inclusión de la incitación indirecta a la discriminación no debería generar equívocos, pues la altura de la barrera constitucional de la libertad de expresión sigue estando plenamente vigente, y (...) el delito merece una interpretación restrictiva para no perder el enfoque de la norma suprema»⁴⁰. Si lo interpreto bien, aquí cuestiona la Audiencia que la inclusión en el tipo de las incitaciones indirectas respete los límites que la libertad de expresión representa para la sanción del discurso del odio, lo que le lleva a requerir una interpretación restrictiva del precepto. No cabe duda de que estas consideraciones hubieran debido conducir, coherentemente, a plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

A mayor abundamiento, de sentencias posteriores del TC no se deduce el respaldo por su parte a una intensificación de la intervención penal

puede generar, cuanto menos, actuaciones o actitudes discriminatorias contra ellos, aunque no lleguen a ser delictivas».

³⁹ Opinión que comparte la doctrina de manera generalizada sobre los tres tipos del art. 510.1 CP, alegando fricciones con el derecho a la libertad de expresión y con los principios penales de lesividad, taxatividad e intervención mínima, entre otros. Así, sin ánimo de exhaustividad, y junto a las referencias citadas en otras notas, pueden verse Núñez Castaño, E.: *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 224 ss., 272 ss.; Díaz y García Conlledo, M.: «La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos en el CP español): algunos ejemplos y especial referencia a los “delitos de odio”», *Foro FICP* 2019-3, pp. 167 ss.; Miró Llinares, F.: «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 49 ss.; Portilla Contreras, G.: «El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 92 ss.; Fuentes Osorio, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 17 ss., 27 ss., 44 ss.; y Teruel Lozano, G. M.: «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», *InDret*, 4/2015, pp. 29 ss.

⁴⁰ FJ 11.

en materia de discurso del odio. En la importante STC 112/2016 analiza la compatibilidad del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), al que considera una manifestación del discurso del odio, con el respeto a la libertad de expresión. Allí, el Tribunal destaca «la similitud estructural» que presentan los tipos de enaltecimiento del terrorismo y justificación del genocidio (antiguo art. 607.2), argumento que utiliza para extender al primero las tesis que había defendido en la STC 235/2007 respecto del segundo. Conforme a este planteamiento, dispone el TC que la sanción penal del enaltecimiento del terrorismo solo respetará el citado derecho constitucional cuando se haya acreditado la existencia de una incitación, al menos indirecta, a la violencia terrorista (FJ 3). Además, se apoya en la jurisprudencia del TEDH en la materia para concluir que el castigo de las conductas de enaltecimiento del terrorismo «supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (FJ 4).

La doctrina expuesta en esta sentencia no mejora los resultados del test de constitucionalidad del art. 510.1 a). Cabría entender, en efecto, que los requisitos mencionados son extrapolables a todas las manifestaciones del discurso del odio, y particularmente a aquellas con un contenido incitador, que, por quedar extramuros del paraguas constitucional, sean susceptibles de represión penal, en cuyo caso es evidente que el delito de incitación al odio no los cumple, al no incorporar la exigencia de que el autor incite a la comisión de delitos ni propicie una situación de riesgo para personas o derechos. Esta sería, con todo, una interpretación favorable en exceso al precepto, pues el terrorismo, como el genocidio, son delitos de significativa gravedad, y solo ello justifica, en palabras del TC, que se admita «excepcionalmente» el castigo de la incitación indirecta a su comisión. Tiene sentido deducir de estas afirmaciones, como ya hiciera la STC 235/2007, que fuera de estas esferas de la criminalidad, es decir, cuando el objeto de la incitación es otro, la sanción del discurso debe cumplir condiciones más rigurosas para permanecer dentro de los cauces constitucionales. La conclusión es que tras la reforma de 2015 existen, más que nunca, sólidas razones para dudar de la constitucionalidad del precepto⁴¹.

⁴¹ En la doctrina va adquiriendo peso la tesis según la cual la intervención penal debería quedar reservada a las incitaciones públicas y directas a la comisión de delitos, por ser esta la opción menos restrictiva de derechos. Véanse, en este sentido, Fuentes Osorio, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 44, 49; Núñez Castaño, E.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 105, 240 s., 268, 281 s., con base en la adopción del criterio anglosajón del test de Brandenburg («peligro claro e inminente»); y la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, 2019, pp. 34 ss.

Por otra parte, estimo que la Audiencia Provincial de Barcelona debió haber planteado también, de oficio, una cuestión de inconstitucionalidad sobre las figuras contenidas en las letras b) y c) del art. 510.1 CP. Respecto a la primera, salta a la vista que anticipa la barrera de intervención penal en mayor medida, concretamente, al momento de la venta o distribución de materiales idóneos por su contenido para que se lleve a cabo la conducta tipificada en la letra a) y, todavía antes, a la producción o elaboración de esos materiales e incluso a su mera posesión con la finalidad de distribuirlos. Según creo, la literalidad de este tipo penal supone un claro atentado a las libertades ideológica y de expresión⁴². Mediante la introducción de esta figura delictiva a través de la reforma de 2015 se aprecia la voluntad del legislador de asegurar la criminalización de conductas que hasta la reforma de 2015 eran consideradas impunes por nuestros tribunales, al entender que no reunían los requisitos típicos del art. 510.1, de acuerdo con la exégesis restrictiva del tenor literal que venía realizándose. Como argumentó el TS en la sentencia 259/2011, la posesión de ejemplares de temática discriminatoria y excluyente con la finalidad de proceder a su venta o a su distribución «no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que (...) se aprecie solo por ello una incitación directa al odio la discriminación o violencia contra esos grupos (...) y sin que (...) se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos». Téngase en cuenta que el precepto no exige que el editor o el librero se adhieran al contenido del mensaje reflejado en los textos, por lo que, en efecto, se les castiga únicamente por realizar «lo esperable de su dedicación profesional». Por otra parte, resulta evidente que castigar estos hechos con la misma pena que la establecida para las conductas descritas en la letra anterior del precepto supone una vulneración del principio de proporcionalidad de las penas⁴³.

Los reparos de constitucionalidad se extienden también al art. 510.1 c), por mucho que el legislador declarase en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 haber acogido la interpretación del delito de negación del genocidio efectuada por el TC en su sentencia 235/2007. Dichas obje-

⁴² En este sentido, Portilla Contreras, G.: «El retorno de la censura...», p. 99; y Landa Gorostiza, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., pp. 73 s.

⁴³ Así, por todos, Tamarit Sumalla, J. M.: «Art. 510», en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, 7.ª ed., Aranzadi, 2016, p. 1665. Por otra parte, una vez más, el texto excede de lo reclamado por la Decisión Marco 2008/913. Se instaba allí a sancionar la difusión de escritos u otros materiales como modalidad de incitación pública a la violencia, pero no las conductas anteriores con idoneidad para que esa incitación tenga lugar. Tampoco demanda la Decisión Marco el castigo de la producción o posesión de dichos materiales.

ciones afectan a los dos grupos de conductas descritas en el precepto⁴⁴. Comenzaremos por las acciones de enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional o de su autor. Estas presentan un claro componente apologético, aunque el tenor literal no recoja el término «apología», probablemente con el objeto de prevenir un traslado de los requisitos establecidos en el art. 18.1 CP para el castigo de la misma. Sin embargo, la versión de la apología que se tipifica aquí es todavía más débil que la apología *stricto sensu* considerada por el TC, excepcionalmente, conforme a la Constitución cuando los delitos que se vislumbran en el horizonte son tan graves como el genocidio o el terrorismo. Esta afirmación requiere una breve explicación.

Recordemos que el TC, en su sentencia 235/2007, había legitimado el castigo de la difusión pública de las ideas justificadoras cuando dicha difusión entrase en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia. En su opinión, así sucedería, en primer lugar, «cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración». Y lo mismo sucedería, en segundo lugar, «cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión, u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación» (FJ 9). De manera confusa, parecía equiparar el TC la incitación indirecta al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia. Si, atendiendo a la primera pauta hermenéutica, entendemos la justificación del genocidio como ensalzamiento del crimen y de su autor y exigimos, además, la intención de incitar indirectamente a su comisión, nos estamos refiriendo claramente a la apología *stricto sensu*. El TC vendría así a declarar conforme a la Constitución un supuesto de apología desvinculado de los requisitos de la provocación (art. 18 CP). Sin embargo, no quedaba claro si se estaba haciendo referencia a un criterio distinto con la alusión a la justificación del genocidio que suponga una provocación

⁴⁴ Como señala Landa Gorostiza, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 78, llama la atención la ausencia de mención a la «justificación» entre las conductas típicas, cuando precisamente fue esa conducta la declarada conforme a la Constitución si se interpretaba como incitación indirecta a la comisión del genocidio. Sobre esta cuestión véase también Bernal del Castillo, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la reforma del Código Penal de 2015», *InDret* 2/2016, p. 11, quien propone interpretar las conductas de trivialización del genocidio como una forma de justificar los hechos pues, en su opinión, de considerarse aquellas como una «negación edulcorada» de los mismos, su tipificación sería inaceptable.

al odio hacia determinados grupos⁴⁵. Como sostuve en su momento⁴⁶, podría considerarse que el TC no pretendió adelantar las barreras de la intervención penal a una fase previa a la apología del genocidio y, por tanto, el art. 607.2 había de interpretarse como justificación del genocidio realizada con intención de incitar indirectamente a su comisión. La tesis es confirmada por la STC 112/2016, donde se considera compatible con la Constitución el delito de enaltecimiento del terrorismo siempre que este se entienda como una incitación indirecta a la comisión del delito, en los mismos términos en los que fue interpretada la figura de justificación del genocidio en la STC 235/2007⁴⁷.

Pero aquella confusión que sembró el TC en la sentencia de 2007 fue aprovechada por el legislador de 2015 para crear un tipo que no se limita a la represión penal de la incitación indirecta al genocidio entendida en

⁴⁵ Sobre esta ambigüedad, véase Rollnert Liern, G.: «Revisionismo histórico...», cit., p. 128, quien interpreta la segunda pauta en el sentido de que la justificación del genocidio habría de perseguir crear un ambiente propicio que facilitase la ulterior realización del delito del art. 510.1; es decir, «vendría a ser una suerte de conducta preparatoria de la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia». Véase también Alonso Rimo, A.: «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, 2010, p. 58 s. A su modo de ver, se trataría de una incitación referida no al genocidio sino a su antesala, esto es, al clima de violencia y hostilidad del que eventualmente se podría derivar el genocidio. Concluye que el Tribunal Constitucional no recoge dos criterios distintos, sino que el segundo constituye una concreción del primero y que, por tanto, el contenido que otorga el Tribunal Constitucional a la conducta típica de justificación del genocidio es el de una «provocación débil que emparenta con los delitos clima», dado que la referencia de la incitación no es el propio delito sino una fase previa a su comisión. Como sostengo en el texto, creo que es posible realizar una interpretación distinta de la tesis del TC, pero no cabe duda que esta es la forma en que ha sido configurado el art. 510.1 c).

⁴⁶ Alastuey Dobón, C.: «Discurso del odio...», cit., p. 29.

⁴⁷ Así en FJ 3: «En la STC 235/2007 en relación con los delitos de genocidio se afirmaba que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (FJ 9). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2 del fallo). En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, la STC 235/2007 afirmó que “[t]ratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio».

el sentido indicado. En efecto, lo cierto es que el art. 510.1 c) no exige que las conductas de enaltecimiento supongan una incitación indirecta a los delitos contra la comunidad internacional enumerados⁴⁸, sino que permite anticipar la intervención penal al favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia ciertos grupos. Por tanto, nos encontramos aquí una vez más ante un delito que castiga la promoción de un clima, que remite directamente a algunas conductas tipificadas en el art. 510.1 a) CP y se solapa con ellas⁴⁹. Expresado de otra forma, el enaltecimiento de esos delitos o de sus autores se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación independiente, con previsión de idéntica penalidad, resulta en realidad superflua. El legislador ha decidido, en consecuencia, igualar por abajo los tipos que castigan el discurso con contenido incitador, extendiendo la represión penal a expresiones que no representan más que peligros hipotéticos de hacer surgir en otros la decisión de realizar actos hostiles o discriminatorios contra ciertos colectivos.

Por otra parte, entre las modalidades típicas se ha incluido, de nuevo, la negación del genocidio —se añade la negación de otros crímenes internacionales, así como la trivialización de todos ellos—. Tras la declaración de inconstitucionalidad de esta modalidad típica, esta previsión sorprende sobremanera. El argumento de que la Decisión Marco reclama su castigo no es válido. Aunque, ciertamente, dicho texto menciona la «negación o trivialización flagrante» de crímenes internacionales entre las conductas cuya sanción debe ser (con carácter general) garantizada, en el considerando 15 tiene en cuenta que las apreciaciones relativas a la libertad de expresión «han originado en varios Estados miembros garantías procesales y normas especiales en la legislación nacional en cuanto al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad». Por esa razón, y a la vista de que las decisiones marco no imponen un modelo único de tipificación en todos los Estados, en el apartado segundo del art. 7 dispone que «la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión (...) tal como se derivan de tradiciones constitucionales». Sirva recordar, a este respecto, que nuestro TC viene reiterando que «en nuestro sistema

⁴⁸ Apréciase que la Decisión Marco 2008/913, citada como una de las bases de esta tipificación, sí requiere expresamente la presencia de un componente incitador en estos hechos «...cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio...» —art. 1.1 d)—.

⁴⁹ En el mismo sentido, Portilla Contreras, G.: «El retorno de la censura...», cit., p. 101. Lo comparte Garrocho Salcedo, A. M.: «Delitos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas», en *Memento Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, p. 1964. En opinión de Tamarit Sumalla, J. M.: «Art. 510», cit., p. 1669, la cláusula incorporada al 510.1 c) implica una «cierta equivalencia material» con las conductas del art. 510.1 a).

—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». Por lo 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»⁵⁰. De aquí se extrae claramente que el Estado español no hubiese incumplido sus compromisos internacionales si hubiera optado por no tipificar esa conducta⁵¹.

En vez de eso, el legislador afirma que, de acuerdo con la STC 235/2007, el delito de negación del genocidio no vulnera derechos constitucionales si se interpreta que su aplicación debe limitarse a los supuestos en los que la conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, y por esa razón incorpora el requisito típico en virtud del cual la negación o trivialización de esos delitos ha de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Pero ya sabemos que no es este el modo de argumentar del TC. En la citada sentencia, distinguía entre negación y justificación del genocidio, y consideraba que solo en el caso de la justificación era factible la interpretación restrictiva que conduce a concebirla como una modalidad de apología *stricto sensu*. A la negación no le aplica el mismo criterio, y acierta, por la sencilla razón de que no cabe imaginar cómo la negación del genocidio puede representar una incitación indirecta a la comisión del delito⁵². Del mismo modo, resulta difícil imaginar que la negación o la trivialización del genocidio, etc., puedan favorecer la creación de un clima favorable

⁵⁰ SsTC 235/2007, FJ 4; 177/2015, FJ 2; y 112/2016, FJ 2. Como ha señalado la doctrina, la postura sostenida del TC español sobre la legitimidad del castigo del discurso del odio, en general, y sobre todo del fenómeno negacionista como manifestación de aquel, no coincide con la defendida por el TEDH. Sobre estas diferencias pueden verse Rodríguez Montañés, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 221 ss., 273 ss.; y Alcácer Guirao, R.: «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103, 2015, pp. 50 ss. Para un análisis de la profusa jurisprudencia del TEDH dirigida a determinar qué conductas calificadas como discurso del odio pueden verse amparadas por la libertad de expresión (art. 10.2 del CEDH), me remito, por ejemplo, a Alcácer Guirao, R.: «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 97, 2013, pp. 309 ss.; Teruel Lozano, G. M.: *La lucha...*, cit., 133 ss., pp. 133 ss.; Gascón Cuenca, A.: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016, cit., pp. 56 ss.; Roig Torres, M.: *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 42 ss.; y Correcher Mira, J.: «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, 2/2021, pp. 103 ss.

⁵¹ De la misma opinión, Bernal del Castillo, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio...», cit., p. 10, criticando la inclusión en el tipo de la mera negación de los crímenes internacionales.

⁵² Así, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 344 s.

a la violencia y hostilidad contra esos grupos de personas. Estimo, en definitiva, que existen sobradas razones para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, también, en relación con el art. 510.1 c) CP⁵³.

4.2. *Sobre la subsumción de los hechos en los tipos penales del art. 510.1 CP*

Como indicaba en las líneas introductorias, la AP de Barcelona, en el caso de la librería Europa III, ha decidido no adentrarse en las cuestiones nucleares sobre las que ha de pivotar la interpretación de las tres figuras delictivas del art. 510.1 CP. No toma partido sobre el problema del bien jurídico protegido ni se pronuncia sobre el grado de afectación al mismo exigible. Tampoco aclara cómo concibe las relaciones entre los tipos. Si se prefiere, el escaso desarrollo argumental de la sentencia en este punto pone de manifiesto las dificultades existentes para delimitar los espacios típicos, debido a los defectos de técnica legislativa en que se ha incurrido. En el supuesto que comentamos, las particulares características de los hechos probados, complican, incluso, la elección de la figura delictiva que podría acogerlos. Excedería con mucho el objeto de este trabajo desarrollar ampliamente estas cuestiones. Baste una mera aproximación proyectada sobre el caso.

La reubicación sistemática de la figura destinada a la sanción del negacionismo despeja, a mi juicio, cualquier duda sobre la coincidencia en el objeto de protección, aunque no resulte ni mucho menos sencillo identificar este⁵⁴. En los delitos, como estos, que castigan la promoción de un

⁵³ Se defiende, en cambio, que esta modalidad típica se adecúa a lo exigido por la STC 235/2007 y a la citada Decisión Marco en Aguilar García, M. A. (Dir.): *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015, p. 204. De la misma opinión, aunque desde una perspectiva muy crítica con el contenido del precepto y con la propia STC 235/2007, Teruel Lozano, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 425 s.

⁵⁴ La doctrina, tras hacer referencia a estas dificultades, ha esbozado diferentes propuestas sobre el bien jurídico protegido. En lo que alcanzo, se defienden mayoritariamente tesis pluriofensivas. Véanse al respecto, por ejemplo, Portilla Contreras, G.: «El retorno de la censura...», cit., p. 92, quien, refiriéndose concretamente al delito contenido en la letra a), considera que en los casos de incitación a la discriminación se castiga la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo, en los casos de incitación a la violencia el peligro para seguridad del grupo y el derecho a la igualdad del colectivo, y en la incitación al odio no existe bien jurídico alguno; Teruel Lozano, G. M.: «La libertad de expresión...», cit., pp. 38 s., cifra el objeto de tutela en el derecho a la no discriminación, dignidad humana en sentido supraindividual y paz pública, aunque, en su opinión, se trata de bienes jurídicos inconsistentes y sin base material, que no pueden justificar la intervención penal; Laurenzo Copello, P.: «La discriminación...», cit., pp. 236 ss., particularmente p. 241, quien opina que en todo trato discriminatorio se ven implicados dos bienes jurídicos: uno individual, «el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás», relacionado con la dignidad personal, y otro colectivo, «el modelo de convivencia

clima predelictivo (o previo a la realización de actos ilícitos), la conexión causal entre la expresión incitadora y los hipotéticos actos posteriores de los receptores del mensaje es muy débil, por lo que la distancia de las conductas punibles con la lesión de la libertad individual, la integridad física, o incluso el derecho a la igualdad, es abismal⁵⁵. La protección de esos intereses puede verse, a lo sumo, como la *ratio legis*⁵⁶. Los tipos del apartado 1 del precepto no se destinan tampoco específicamente a la tutela del honor o de la dignidad de los colectivos⁵⁷, interés que fundamenta, en cambio, las figuras delictivas del apartado segundo. Otra opción es entender orientado el objeto de tutela hacia bienes jurídicos supraindividuales antepuestos. En el Código penal alemán, el tipo básico del delito de incitación al odio (§ 130 I) requiere que las conductas sean aptas para perturbar la paz pública, lo que explica que la doctrina alemana mayoritaria aluda a dicho concepto como bien jurídico protegido en ese delito. Acertadamente, los penalistas españoles se han mostrado hasta ahora impermeables a esta influencia, con el argumento de que la vaguedad e indefinición del concepto lo hacen inservible para desempeñar las funciones de legitimación y de interpretación de los tipos propias

plural y multicultural del que parte nuestra Constitución», si bien entiende que ambos aspectos no gozan de la misma trascendencia a la hora de fundamentar los tipos, sino que prima la perspectiva individual; en sentido similar, Gómez Martín, V.: «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Miró Llinares (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 187, en cuya opinión se describen conductas que lesionan «un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables (...)»; y, en referencia a la letra c), Bernal del Castillo, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio...», cit., p. 15, quien estima protegidos «un conjunto de valores de diversa naturaleza que van desde la seguridad física y moral o la integración social de las minorías hasta el reconocimiento y disfrute colectivo e individual de los derechos fundamentales y ciudadanos».

⁵⁵ Así, Fuentes Osorio, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 12 y 14; y Teruel Lozano, G. M.: *La lucha...*, cit., p. 506. Como señala Hörnle, T.: «La protección de sentimientos en el StGB», en Hefendehl (Ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 389, estos delitos adelantan considerablemente la punibilidad, «ya que para la aparición de una lesión o de un peligro concreto para víctimas concretas es preciso un paso intermedio: las personas incitadas por el agitador deben realizar los hechos punibles como resultado de su decisión responsable». La brecha se agranda, añadido, si la incitación punible no va dirigida directamente a la realización de actos delictivos.

⁵⁶ No estamos, por tanto, en mi opinión, ante delitos de peligro abstracto para estos bienes jurídicos individuales. Así, no obstante, Hörnle, T.: «La protección de sentimientos...», cit., pp. 388 s., en relación con el muy similar al español delito del § 130 I del Código penal alemán, criticando la postura dominante en Alemania, que reconducen el objeto de protección al concepto de «paz pública». Sobre ello véase a continuación en el texto. En semejantes términos, con matices, Galán Muñoz, A.: «Delitos de odio...», cit., p. 58.

⁵⁷ Véase, no obstante, la propuesta de *lege ferenda*, centrada en la tutela del honor, realizada para el delito de negacionismo por Teruel Lozano, G. M.: *La lucha...*, cit., pp. 515 ss.

del bien jurídico⁵⁸. Huyendo de esta vía, pero en la misma senda tendente a la identificación de un bien jurídico supraindividual, cabe defender que el delito trata de proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos referidos en el precepto «puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad»⁵⁹. A mi modo de ver, en aras de ofrecer una posible interpretación de *lege lata*, esta formulación del bien jurídico consigue explicar mejor el contenido de estas figuras, aunque, conforme a lo indicado en el epígrafe anterior, en ningún caso permite justificarlas, al menos con su actual configuración⁶⁰.

Si se acepta que las tres figuras delictivas se dirigen a proteger el mismo bien jurídico, en casos como el enjuiciado queda excluida la aplicación de un concurso de delitos, solución que, recordemos, había sido la apreciada en primera instancia tanto en los anteriores procesos de la librería Europa (sentencias de los juzgados de lo penal), como en el caso de la librería Kalki (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona). Por otra parte, en lo referente a las relaciones entre los tipos, no puede defenderse con la regulación vigente que el delito de incitación al odio y el de negación o enaltecimiento del genocidio representen diferentes grados de lesividad respecto al citado bien jurídico⁶¹. En tanto que delitos clima, ambos acogen formas de incitación indirecta a la violencia, a la hostilidad, al odio y a la discriminación, y por eso se prevé idéntica sanción⁶². Pero, además, dado que, según lo expuesto, el tipo no exige la creación de un clima hostil o violento, sino que se conforma con su

⁵⁸ En este sentido, entre otros, Laurenzo Copello, P.: «La discriminación...», cit., p. 238, indicando que, al tratarse de un bien muy difícil de precisar, también el efecto del comportamiento punible sobre él acaba siendo totalmente difuso; y, ampliamente, Landa Gorostiza, J. M.: *La intervención penal...*, cit., pp. 300 ss., 335 s. El tipo agravado del art. 510.4 incorpora una referencia a la idoneidad de las conductas para alterar la paz pública, con lo que será necesario determinar en qué consiste ese plus de injusto, pero abre la puerta a la búsqueda de otro objeto de protección en el tipo básico.

⁵⁹ En este sentido, Landa Gorostiza, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 58: «condiciones de seguridad existencial de grupos y colectivos especialmente vulnerables», con matices en las páginas que siguen. Opina también que el bien jurídico protegido en estas figuras es de carácter supraindividual, Garrocho Salcedo, A. M.: «Delitos relacionados...», cit., p. 1959.

⁶⁰ Admito, por lo demás, que este bien jurídico posee una capacidad de restricción del *ius puniendi* limitada, por lo que, como indicaré a continuación en el texto, es preciso buscar externamente los elementos identificativos de las conductas que, por alcanzar un grado de peligrosidad suficiente, pueden considerarse típicamente relevantes (sobre todo, las características del mensaje que se difunde, el modo en que se difunde y el contexto en que se vierte). Fuentes Osorio, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 17 ss. advierte, con razón, del riesgo de excesos en la criminalización al que puede dar lugar justificar el castigo por la lesión de bienes jurídicos basados en la seguridad de los colectivos. Similar, Galán Muñoz, A.: «Delitos de odio...», cit., p. 58.

⁶¹ A diferencia de la apreciado, significativamente, por la AP de Barcelona en el segundo proceso de la librería Europa.

⁶² Fuentes Osorio, J. L.: «El odio como delito», cit., pp. 24 s. explica bien el proceso de tipificación cuando el núcleo de lo injusto es el favorecimiento de un clima de hostilidad.

favorecimiento⁶³, no puede decirse que se trate de delitos de lesión para el bien jurídico supraindividual, sino de peligro. Este peligro habrá de ser considerado, al menos, como un peligro hipotético, es decir, debe exigirse una aptitud de las conductas para menoscabar las condiciones necesarias para que los miembros del grupo ejerzan sus derechos en un plano de igualdad (esto es, para crear el clima)⁶⁴. Por tanto, entre el tipo previsto en la letra a) y el descrito en la letra c) del art. 510.1 existe una relación de concurso de leyes, donde el primero es la ley general y el segundo la especial. En este último, la incitación indirecta o encubierta se lleva a cabo mediante el enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional o de sus autores⁶⁵.

En el caso comentado, las acusaciones solicitaban, además de una condena por el art. 510.1. c), la aplicación del art. 510.1 a) en concurso de normas, a resolver por el principio de consunción, con el art. 510.1 b). En efecto, también se da entre estos dos tipos una relación de concurso de leyes, aunque es discutible que el principio aplicable sea el de consunción. Si, como se ha indicado *supra*, el 510.1 b) acoge conductas preparatorias del fomento, promoción o incitación al odio⁶⁶, parece más adecuado recurrir al principio de subsidiariedad⁶⁷. Sin embargo, puesto que el precepto describe diferentes fases de la cadena de difusión, la fase final de distribución o venta masiva de materiales idóneos para incitar al odio puede constituir *per se* una modalidad de comisión del delito de la letra anterior⁶⁸, por lo que respecto a esta última conducta la relación

⁶³ La referida incitación indirecta puede presentar, en efecto, una mayor o menor grado de ofensividad.

⁶⁴ Concibe estos delitos como de peligro hipotético Landa Gorostiza, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 63, aunque no refiere el peligro al bien jurídico supraindividual —que, si entiendo correctamente su argumentación, considera lesionado por las conductas que realizan el tipo— sino a la limitación o imposibilidad de ejercicio de derechos por parte del colectivo. Respecto a la figura de la letra c), también entiende que se trata de un delito de peligro hipotético Bernal del Castillo, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio...», cit., p. 14. El objeto del peligro sería, en su opinión, «la posibilidad de la creación o desarrollo de una situación objetiva social de odio, discriminación, violencia u hostilidad».

⁶⁵ Ya vimos *supra* que, con la regulación anterior, defendía esta tesis Landa Gorostiza, J. M.: «Incitación al odio...», cit., pp. 337 ss., en contra de la opinión sostenida por los tribunales en los casos de las librerías.

⁶⁶ En este sentido también Díaz y García Conlledo, M.: «La falta de respeto...», cit., p. 173. El Grupo de Estudios de Política Criminal (*Una propuesta alternativa...*, cit., p. 37) lo interpreta, en cambio, como una forma de participación en el delito anterior, reclamando su supresión.

⁶⁷ Sobre el ámbito de aplicación de este principio y las dificultades para delimitarlo, véase, por todos, Escuchuri Aisa, E.: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 172 ss.

⁶⁸ En efecto, como señala Landa Gorostiza, J. M.: *Los delitos de odio...*, cit., p. 74, en ese caso la incitación, promoción o fomento se lleva a cabo mediante los escritos u otros materiales.

con el tipo anterior será de especialidad. En estos supuestos, la letra b) se erigirá en la figura de aplicación preferente.

Entre los tipos del art. 510.1 se producen, en consecuencia, solapamientos que se evidencian particularmente en el caso que nos ocupa. En efecto, es posible plantear la subsunción de las conductas realizadas por Varela en las tres letras. Centrándonos en los tipos especiales —letra b) en la modalidad típica de distribución o venta y letra c)— la opción entre uno u otro dependerá de si se focaliza la atención en los medios materiales elegidos para llevar a cabo la incitación, promoción o fomento, lo que inclinaría la balanza en favor de la letra b)⁶⁹, o si se concede prioridad, más bien, al contenido negacionista de esos materiales, en cuyo caso resultaría preferible aplicar la letra c).

Como hemos visto, la argumentación de la AP de Barcelona, transcurre, sin embargo, por otros derroteros. El Tribunal descarta la toma en consideración de los dos primeros tipos del art. 510.1 con razonamientos algo crípticos. Por un lado, parece entender que el tipo de la letra a) debe seguir siendo interpretado como una incitación directa al odio, a la hostilidad, a la discriminación o la violencia, con el fin de mantener vigente «la altura de la barrera constitucional de la libertad de expresión». Aunque no se manifiesta en estos términos, cabe deducir que es esta interpretación restrictiva —loable, aunque muy difícil de sostener, dada la mención explícita a las incitaciones indirectas— la que le lleva a excluir su aplicación: no se apreciaría en los hechos enjuiciados una incitación directa a la ejecución de actos de odio, hostilidad u otros. Y, por otro lado, en cuanto al tipo de la letra b), concebido por la Audiencia como una forma anticipada del anterior, tampoco lo considera aplicable porque «las formas más avanzadas del delito absorben a las prematuras». Podría leerse entre líneas, entonces, que el rechazo a su aplicación obedece a la, a su juicio, inidoneidad del contenido de los materiales distribuidos para incitar directamente a la discriminación⁷⁰. No se añade ninguna otra consideración que permita obtener conclusiones más ajustadas.

Así las cosas, el Tribunal centra su análisis en la letra c) del precepto, cuyos elementos típicos entiende realizados. En este sentido, se refiere primero al contenido de las obras, en gran parte coincidentes con las que motivaron la condena en el año 2010. En aquel momento, la AP de Barcelona concluyó que en los libros distribuidos se incitaba indirecta-

⁶⁹ De hecho, con frecuencia se citan los casos de las librerías Europa y Kalki como ejemplos de aplicación práctica del tipo en cuestión. Así, Aguilar García, M. A. (Dir.): *Manual práctico...*, cit., p. 203, afirmando que antes de la reforma estos casos solo forzadamente podían subsumirse en los arts. 510.1 y 607.2; y Garrocho Salcedo, A. M.: «Delitos relacionados...», cit., p. 1963.

⁷⁰ Según afirma, «la exclusión de esas modalidades *también* debe operar desde la nueva redacción penal» (FJ 11). La cursiva ha sido añadida.

mente a la discriminación e incluso a tomar medidas violentas contra determinados grupos, razón por la cual aplicó el art. 607.2. Pero —añade la AP en este tercer proceso— en los hechos ahora probados se examina un mayor contingente de obras, en las que, junto a la justificación del holocausto, se aprecia un «enaltecimiento subliminal» del mismo, así como un «ensalzamiento a ultranza de varios de sus autores». Es evidente, por otra parte, la concurrencia del requisito típico de publicidad.

Constatada de esta manera la adecuación formal de los hechos probados a los verbos típicos, ciertamente indiscutible, resta determinar si la distribución de esos materiales promovió o favoreció un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los colectivos protegidos. Para dotar de alguna virtualidad restrictiva a esta cláusula —de manera que no se considere que cualquier enaltecimiento público de esos delitos promueve el clima hostil—, es preciso aplicar el test de relevancia del riesgo de la Recomendación de Política General n.º 15 de la ECRI y del documento de Naciones Unidas (Plan de acción de Rabat). La Audiencia Provincial de Barcelona, pese a hacer referencia a estos textos en un fundamento de derecho previo, no se detiene a valorar minuciosamente los hechos a la luz de los criterios que contienen, pero a lo largo de su argumentación jurídica pueden encontrarse diseminados gran parte de ellos:

- La actividad desempeñada en la librería supone una distribución en masa de obras con contenido vejatorio y discriminatorio. La difusión se centra en esos títulos, suscitando el establecimiento librero una sensación de «monotema», apreciado incluso en el «merchandising» ofrecido al público.
- La organización de conferencias y su comercialización posterior potencian la expansión pública de las ideas y ponen de manifiesto un exceso en la actividad comercial propia de una librería⁷¹.
- Se utilizan medios de comunicación de alcance (página web, redes sociales...).
- El mensaje se comunica de manera reiterada.
- Se trata de una persona conocida en los círculos nazis, y con capacidad de ejercer influencia en los destinatarios del discurso.
- Existe un contexto social eventualmente violento que representa un caldo de cultivo para la incitación discriminatoria.
- Finalmente, la Audiencia se refiere a la indudable motivación discriminatoria del acusado, en su opinión, «cuestión finalística» exigida en los delitos de incitación al odio.

⁷¹ Probablemente, este elemento marque la diferencia con el caso de la librería Kalki.

Ciertamente, con base en estos parámetros, cabe entender que las conductas realizadas favorecen el clima de violencia u hostilidad contra determinados grupos al que se refiere el precepto, y pueden considerarse, incluso, objetivamente idóneas para crear dicho clima⁷². También es posible afirmar que concurre el dolo —aunque el Tribunal no se pronuncia sobre la intención del acusado, sino solo, como hemos visto, sobre su motivación discriminatoria—. Por tanto, en efecto, los hechos pueden ser subsumidos en el art. 510.1 c). Ahora bien, resulta objetable que la Audiencia no se haya planteado la posibilidad de interpretar los requisitos típicos de manera restrictiva, más acorde con la doctrina del TC (SsTC 235/2005 y 112/20216), de conformidad con lo señalado *supra*.

Si el delito de negacionismo se entiende como una auténtica incitación indirecta a la realización de delitos contra la comunidad internacional, no basta con que el objeto o la referencia del enaltecimiento de delitos previos o de sus autores —por supuesto, declarados como tales por los tribunales competentes— sea la creación, y menos el favorecimiento, de un clima hostil (insistimos, ni siquiera necesariamente predelictivo). La referencia tiene que ser los crímenes internacionales que pueden ser cometidos como consecuencia de ese clima. Visto así, solo podría aplicarse el tipo cuando se constataste una aptitud de la conducta para desencadenar en otros la decisión de cometer esos crímenes internacionales⁷³. Por supuesto, el dolo debería abarcar estos elementos objetivos del tipo. Cuando se produce ese salto, los déficits de ofensividad detectados se aminoran considerablemente, porque partimos de la efectiva existencia de un clima hostil, lo que significa que ya se han visto afectadas las condiciones que posibilitan a los miembros del grupo el ejercicio igualitario de sus derechos (se ha lesionado el bien jurídico referido *supra*), y el objeto de referencia último es el bien jurídico protegido por los delitos contra la comunidad internacional.

De interpretarse de este modo el delito del art. 510.1 c), la condena a Pedro Varela por aplicación de dicha figura delictiva hubiera resultado, seguramente, hartamente compleja. Nada hubiera impedido, en cambio,

⁷² Aunque se echa en falta una referencia a las características de los receptores del mensaje negacionista. En cualquier caso, la Audiencia parece deducir que el mensaje distribuido a través de esos materiales alcanza la intensidad suficiente para ser considerado potencialmente idóneo para generar reacciones violentas, hostiles o discriminatorias.

⁷³ Véanse esta clase de propuestas de interpretación restrictiva acerca del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) en Alonso Rimo, A.: «Apología...», cit., pp. 64 ss.; y en Galán Muñoz, A.: «El enaltecimiento del terrorismo. ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-32, 2022, pp. 18 ss., 29, aunque con importantes diferencias entre ambas posturas, sobre todo en materia de bien jurídico protegido y de tipo subjetivo, desde el momento en que el primero entiende la figura como un acto preparatorio y el segundo, en cambio, como un delito autónomo.

la subsunción de los hechos en los tipos de las letras a) y b) —a no ser que se ensayen exégesis restrictivas extremas—, o incluso, en atención al componente humillante o vejatorio del contenido de los materiales, en el delito del art. 510.2 CP.

