

ESPAÑA

Fernando Amérigo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007.

I. ANTECEDENTES.

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152-2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto al artículo 607, párrafo segundo, del Código penal.

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

Definida en estos términos la conducta tipificada en el art. 607.2 CP, el órgano judicial proponente considera que resulta evidente el conflicto entre esta norma penal, que sanciona la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, y el derecho a la libertad de expresión constitucionalmente consagrado. Si bien reconoce que, ciertamente, el legislador puede elegir el bien jurídico que estima necesitado de protección penal, opina que en este caso el subyacente al mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un “clima favorecedor de conductas discriminatorias” ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales. Así concretado, la Sala considera que el mencionado bien jurídico no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión.

II. Fundamentos jurídicos.

(...) 3. (...) “El comportamiento cuestionado, en tanto tipificado como delictivo por el art. 607.2 CP, es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos históricos que han sido calificados de genocidio. La Sala estima evidente el conflicto de tal tipificación con el derecho consagrado en el art. 20.1 CE. Sobre este derecho recuerda la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar que ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos.”

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

Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático.

(...). 4. Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe ‘sociedad democrática’” (por todas, STC 174/2006, de 5 de

junio, FJ 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan” (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49).

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

De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la

esencia misma de la Constitución —y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada— a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de convivencia” a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

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

(Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57).

5. Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. (...)En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).

De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7).

(...) Junto a ello, la regla general de la libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH puede sufrir excepciones en aplicación del art. 17 CEDH, que no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional. En su virtud, el Tribunal Europeo

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

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

libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH).

(...) Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE.

6. El precepto cuestionado es el primer inciso del art. 607.2 CP (...)este precepto debe entenderse en el contexto de otros que vienen a dar cumplimiento, en el ámbito penal, a los compromisos adquiridos por España en materia de persecución y prevención del genocidio; entre ellos, el apartado segundo del artículo 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que establece que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” y el art. 5 del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, por el que España se compromete a establecer, con arreglo a su Constitución, “sanciones penales eficaces” para castigar a las personas culpables de genocidio o de “instigación directa y pública” a cometerlo.

Entre ellos, dada la cercanía de las conductas perseguidas, ha de tomarse en cuenta el art. 615 CP, (...)el art. 510.1 CP (...)Finalmente, los títulos dedicados a los delitos contra el honor y los relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas vienen a completar el ámbito penal de protección en el que se inserta también el precepto cuestionado. A través de estos tipos nuestro Derecho penal se alinea con las obligaciones internacionales contraídas por España en la materia. (...)

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

Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a

perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. (...)

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

En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido —en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999— como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el art. 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE. Como declaramos en la STC 43/2004, de 23 de marzo, la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que “sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica

y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática” (FJ 4).

La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente —como sugiere el Ministerio Fiscal— puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. (...).

9. Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como

el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

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

modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal.

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

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

III. Fallo.

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

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

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

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

IV. Votos Particulares.

Existen cuatro votos particulares a la decisión mayoritaria.

Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel.

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

Por el contrario, creo que simplemente bastará reseñar, sin aditamento “colateral” alguno, la mencionada libertad de configuración legislativa para alcanzar soluciones distintas a las consignadas en el segundo de los apartados del fallo de la Sentencia. (...)

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

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

Son pues, las precedentes referencias las que permiten llegar a la conclusión que se refleja en este Voto en cuanto ésta deviene de su “comparación sistemática con otros preceptos penales, con los que verdaderamente tiene una más estrecha y directa relación, esto es con los delitos de especialísima gravedad que relaciona el apartado primero del propio artículo y que se agrupan bajo la rúbrica de ‘delitos de genocidio’. Dicha vinculación es tanto más intensa cuanto que el tipo cuya constitucionalidad niega la resolución mayoritariamente adoptada

se integra por vía de remisión con elementos definitorios de los delitos enumerados en los distintos apartados del párrafo 1, que no son sino delitos de resultado”. (...).”

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

El argumento principal de este interesante voto particular es la diferente posición que ocupan en el ordenamiento norteamericano y europeo la dignidad humana y la libertad de expresión.

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

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

Esta doctrina se contrapone a lo que declaramos en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (caso León Degrelle) y 176/1995, de 12 de enero (caso del cómic Hitler-SS). En efecto, la STC 214/1991 desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación procesal, para concedérsela a doña Violeta Friedmann, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau que reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del celeberrimo doctor Mengele. Afirmamos en el FJ 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Más contundente, si cabe, fue la STC 176/1995 cuando, en su FJ 5, apostilló que la libertad de expresión es un valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución, pero que un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros

días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 y 76/1995). (...)"

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas.

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

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

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

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

Voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez.

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

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

Y es que lo que el precepto cuestionado castiga en las dos conductas —no se olvide, legislativamente equiparadas— no es

la simple “negación” en abstracto o la “justificación” consistente en “la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas” (FJ 9), sino esas mismas “negación” o “justificación” en cuanto signifiquen, como acaba de decirse, la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión.

Aun prescindiendo del mencionado elemento tendencial, que como acaba de razonarse si se admite para una de las dos conductas contempladas en el artículo 607.2 CP ha de admitirse para las dos, se ha de llegar a la misma conclusión de constitucionalidad del precepto tan pronto se tenga en cuenta que no solo no constituye una interpretación irrazonable o errónea del tipo definido en el artículo 607.2 CP, sino que, por el contrario, resulta ajustado a los parámetros de la lógica entender que el precepto en cuestión define el delito de genocidio con un presupuesto común a todas las modalidades comisivas que contempla, a saber: la exigencia del propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.(...)

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

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

ANEXO

STC 12/2008, de 29 de enero de 2008

I. Antecedentes.

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el recurso de inconstitucionalidad, acumulado a la anterior, núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

(...) Finalmente, los Diputados recurrentes sostienen que la reforma quiebra incluso la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de difusión del propio pensamiento por parte de personas o partidos [art. 20.1 a) CE]. Se aprueba una ley que impide la existencia de candidaturas o partidos compuestas sólo por hombres, o por mujeres, para defender ante la sociedad lo que estimen pertinente, por razón de los intereses de género que consideren oportunos o, más sencillamente, porque quieren hacer uso del derecho

constitucional de asociarse y concurrir a las elecciones en compañía de los afines que compartan ideario. (...).

II. Fundamentos Jurídicos:

“3. (...) El problema constitucional de fondo se plantea, por tanto y sobre todo, en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los arts. 22 y 16 CE y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), principalmente, en la medida en que el aludido equilibrio también se exige de las agrupaciones de electores. (...).

4. La primera y principal cuestión a resolver es entonces la de la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con “una composición equilibrada de mujeres y hombres” en porcentajes que siempre aseguren un mínimo del 40 por 100 para cada sexo. La respuesta hemos de buscarla tanto en el análisis del mandato de sustantivación de la igualdad formal, contenido en el art. 9.2 CE, como en el de la configuración constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE).

En cuanto al art. 9.2 CE hemos tenido ocasión de afirmar que “la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico — inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva” (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5).

Dicho de otro modo, el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. (...)

5. (...) el art. 44 bis LOREG persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados.

Que los partidos políticos, dada “su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro” (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5), coadyuven por imperativo legal —esto es, por mandato del legislador constitucionalmente habilitado para la definición acabada de su estatuto jurídico— a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el art. 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional, como ahora veremos. Y es que, es su condición de instrumento para la participación política y de medio de expresión del pluralismo como sujetos que concurren a la

formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6 CE) lo que cualifica su condición asociativa como partidos y los diferencia netamente de las demás asociaciones, de manera que es perfectamente legítimo que el legislador defina los términos del ejercicio de esas funciones y cometidos de modo que la voluntad popular a cuya formación y expresión concurren y la participación para la que son instrumento sean siempre el resultado del ejercicio de la libertad y de la igualdad “reales y efectivas” de los individuos, como expresamente demanda el art. 9.2 CE.

Es evidente que la libertad de presentación de candidaturas por los partidos (que, por lo demás, en ésta como en sus demás actividades están sometidos a la Constitución y a la ley, como expresa el art. 6 CE) no es, ni puede ser absoluta. Ya el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles determinadas condiciones para la confección de las candidaturas (referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas). Esta nueva limitación del equilibrio por razón de sexo, pues, ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional. (...)

6. Frente a lo afirmado en el recurso y en la cuestión, la normativa impugnada tampoco vulnera la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]. No lo hace, en primer lugar, de la propia ideología feminista. Una norma como el art. 44 bis LOREG no hace innecesarios los partidos o idearios feministas, pero, a partir de ese precepto, es el propio art. 9.2 CE el que, una vez concretado en términos de Derecho positivo su mandato de efectividad, convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres. En el nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente

femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible. Ciertamente que un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE.

Por tanto, la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no impide la existencia de partidos con una ideología contraria a la igualdad efectiva entre los ciudadanos. De ser así, habríamos de convenir con los recurrentes en la inconstitucionalidad de las medidas recogidas en el precepto legal impugnado pues este Tribunal Constitucional ya ha señalado que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de “democracia militante” que imponga la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, y 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4). Antes bien, y como hemos indicado en la última resolución citada, nuestro régimen constitucional se sustenta, por circunstancias históricas ligadas a su origen, en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Por consiguiente, el requisito de que las formaciones políticas que pretendan participar en los procesos electorales hayan de incluir necesariamente a candidatos de uno y otro sexo en las proporciones recogidas en la disposición adicional segunda LOIMH no implica la exigencia de que esas mismas formaciones políticas participen de los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria.

En particular, no se impide la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados que pudiéramos denominar “machistas” o “feministas”. Lo que exige la disposición adicional que nos ocupa es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se

haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo.

De otro lado, tampoco padece la libertad ideológica de los partidos en general, es decir, de los que no hacen del feminismo el núcleo de su definición ideológica. Más precisamente, no desaparece el componente instrumental de esa libertad en que consiste su capacidad para incluir en sus candidaturas a quienes resulten más capacitados o idóneos para la oferta pública de su programa en la concurrencia electoral y, después, en su caso, para defender el programa del partido en el seno de las instituciones en las que hayan podido integrarse como representantes de la voluntad popular. Esa libertad de los partidos no es, como ya se ha dicho, absoluta o ilimitada, y también se ve condicionada por todos los requisitos jurídicos constitutivos de la capacidad electoral, entre otros, y para el caso de las elecciones generales, el de la nacionalidad, o por aquellos que, como el ahora examinado, no afectan a aquella capacidad individual, sino a los partidos y agrupaciones habilitados para la presentación de candidaturas, y entre los que se cuenta la exigencia de un número determinado de candidatos o cuanto implica el sistema de listas bloqueadas.

En consecuencia, dada la legitimidad constitucional de la nueva exigencia del equilibrio entre sexos impuesta a los partidos para la presentación de candidaturas, según ya vimos en el fundamento jurídico anterior, ha de rechazarse que tal medida vulnere las libertades garantizadas en los arts. 16.1 y 20.1 a) CE. En todo caso, si se sostuviera que, al menos instrumentalmente (aunque no sustantivamente), la limitación de la libertad de presentación de candidaturas a la que nos estamos refiriendo pudiese afectar a los derechos de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE, tal limitación habría de entenderse constitucionalmente legítima, en cuanto que resultaría proporcionada según las razones expuestas en el fundamento jurídico 5 al que nos remitimos. (...).

III. Fallo.

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados.

IV. Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

“Mi posición se resume en considerar (...) que en nuestro modelo constitucional la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos, (...).

(...) ha sido un principio fundamental desde los inicios del Estado liberal surgido de la Revolución francesa que la representación política no puede dividirse, porque es expresión de la voluntad general. (...).

(...) El nuevo modelo de representación política que se inaugura con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, interpone la condición sexual entre la soberanía y la condición de ciudadano, de modo que hombres y mujeres, hasta ahora personas indiferenciadas en el ejercicio del derecho de sufragio, incorporan una circunstancia añadida de la que no pueden desprenderse. (...).

(...) A mi juicio el art. 9.2 CE propicia medidas de fomento de la igualdad material y, de hecho, es en los países escandinavos donde la mujer ha logrado mayor presencia efectiva en las listas electorales, sólo con medidas positivas de fomento voluntariamente incorporadas a los estatutos de los partidos políticos. Al Estado Social de Derecho le corresponde remover los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad y la igualdad del individuo sean efectivas y reales, adoptando medidas de fomento para que los colectivos que histórica o coyunturalmente han visto dificultado su acceso a los cargos públicos representativos puedan hacerlo en condiciones de igualdad real. Para ello, en el caso de la mujer, compete al

legislador establecer medidas que permitan la conciliación de la vida laboral o profesional con la familiar, perseguir en todos los ámbitos la violencia de género, el acoso sexual o la cosificación de la mujer en los medios publicitarios, combatir la educación sexista, la discriminación en el empleo o en las remuneraciones, facilitar la opción por la maternidad y cuantas múltiples formas de acción positiva tiendan de modo decidido a mejorar la posición de la mujer en la sociedad y, en lo que ahora interesa, fomentar su integración en la vida política. Por ello, considero que es constitucionalmente válido que los partidos políticos acojan en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales. (...).

(...) De nuestra jurisprudencia se infiere que el derecho de sufragio pasivo no puede ser modulado mediante afectación del principio de igualdad —lo que me parece indudable que ocurre cuando se consagra la división del cuerpo electoral por razón del sexo— ni limitando derechos fundamentales: en este caso, el derecho de asociación (art. 22 CE) en la modalidad referida a los partidos políticos, y el derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE). (...).

Considero que la imposición legislativa de la paridad o de cuotas electorales vulnera la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos (arts. 6 y 22 CE). Una democracia madura debe hacer efectiva su confianza en que los partidos políticos “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental de la participación política” y que “su creación y el ejercicio de su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y la ley” (art. 6 CE).

Me parece obvio que las mujeres o los hombres que integran las candidaturas electorales no aspiran a representar, respectivamente, a las mujeres o a los varones, pues no es defendible que las mujeres sólo voten a mujeres, ni los hombres a los hombres, ni que cada sexo sólo se represente a sí mismo. La decisión del elector es producto de una motivación compleja que

sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3), pero parece claro que el voto de los ciudadanos atiende al programa que defienden los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones de electores, con independencia de que sean hombres o mujeres quienes integren las candidaturas. (...).”

