

Recension a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens (La punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz)*, de Thomas WANDRES. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 129), Berlín, 2000, 338 páginas

I

El trabajo de Wandres dirigido por F.-C. Schroeder representa un serio intento de investigar hasta dónde legítimamente puede el Derecho Penal luchar contra el fenómeno de la expansión de la ideología racista ligada a la extrema derecha en Europa. Es decir, se ocupa de un tema de plena actualidad política que, en lo que aquí nos interesa, afecta a las bases teóricas del Derecho Penal moderno y a la cuestión de qué puede aportar el ordenamiento jurídico-penal para la pervivencia de las bases del vigente sistema basado en el Estado social y democrático de Derecho. Se puede observar la relevancia práctica y teórica de la cuestión no sólo por la ingente cantidad de artículos y de comentarios de sentencias (no sólo del Tribunal Supremo alemán sino también de otros tribunales inferiores) existentes en la doctrina alemana sobre el tema donde se pueden encontrar perspectivas de lo más diverso, sino también porque coetáneamente a la publicación de esta monografía ha aparecido otra que se ocupa del mismo tema: Andreas Stegbauer, *Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts (La propaganda de extrema derecha a la luz del Derecho Penal)*, Múnich, 2000. El problema de fondo es hasta dónde puede ser combatido mediante el Derecho Penal ideologías que amparan, justifican, legitiman o minimizan la comisión de determinados hechos delictivos.

Este autor, que parte de la idea de que con el actual estado de cosas en Alemania se necesita la intervención del Derecho Penal para preservar el sistema democrático, profundiza en el análisis dogmático de cuáles son los casos en los que una conducta que niegue la existencia del genocidio judío en Europa durante los años treinta y cuarenta se merece una pena. El objeto del trabajo reside en analizar la relevancia penal de dicha negación, que tiene su fenómeno más representativo en la negación de la existencia de una masacre en el campo de concentración de Auschwitz. Para ello apura todas las posibilidades que ofrece la Ciencia del Derecho Penal dominante intentando no lesionar determinados principios básicos del Derecho Penal moderno ni determinadas exigencias constitucionales. Los propósitos que animan este libro justifican, pues, una recensión de un tema que aunque aparentemente afecta a la parte especial precisa un tratamiento dogmático general y que no resulta ajeno a la realidad española si tenemos en cuenta que en estos momentos el Tribunal Constitucional español tiene pendiente una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 607.2 CP que encierra todos los problemas de fondo que trata este libro.

La excelente monografía de Wandres se ve motivada por la aparición mediante la *Verbrechensbekämpfungsgesetz* (*VerbrBekG*) en 1994 (de 28 de octubre y en vigor a partir del 1 de diciembre de 1994) del apartado tercero del § 130 que tenía como finalidad declarada combatir la aparente extensión de la ideología nazi en la sociedad alemana. En virtud de este reforma desde 1994 se castiga en Alemania con hasta cinco años (!) de prisión al que apruebe, niegue o minimice una conducta genocida realizada en la época del nacionalsocialismo que sea idónea para perturbar la paz pública. Cabe señalar como dato que el § 130 del Código Penal alemán apareció en 1960 y que la ley de 1994 tenía como objetivo general mejorar los instrumentos jurídico-penales de lucha contra la criminalidad organizada, en este caso concreto, por tanto, contra la criminalidad organizada de extrema derecha o de ideología nacionalsocialista.

Es preciso contextualizar esta norma para entender el valor del libro de Wandres. Es evidente que con esta reforma de 1994 y la introducción de la aprobación, negación o minimización (cuantitativa o cualitativa) del genocidio el legislador intentó reaccionar frente a la opinión pública al denominado escándalo Deckert sentenciado por el Tribunal Supremo alemán pocos meses antes (en profundidad, pp. 116 ss.). Günter Deckert es un dirigente del partido de extrema derecha NPD (Partido Nacionaldemocrático de Alemania) que mediante diversos actos de invitación, traducción y apoyo contribuyó a expandir la obra revisionista de un negador del holocausto. El Tribunal Supremo alemán (BGHSt 40, pp. 97 ss. –NJW 1994, pp. 1421 ss., o NSTZ 1994, pp. 390 ss.–) consideró que la simple negación del holocausto era un delito de injurias pero no constituía un delito de provocación al odio racial (por lo que casó la sentencia condenatoria con base en este delito realizada por el Landgericht de Mannheim –LG Mannheim NJW 1994, pp. 2494 ss.–). Según la doctrina sentada por el alto tribunal germano el tipo de incitación al odio racial sólo se realiza en los casos que denomina como de mentiras sobre Auschwitz «cualificadas», es decir, cuando la negación se identifica con una ideología racista o se afirma que se trata de un invento judío para extorsionar a Alemania. Desde entonces esta doctrina está siendo utilizada por los tribunales inferiores.

El legislador germano, ante la coyuntura política alemana y el escándalo que sucedió a la sentencia a pesar de la condena por injurias, quiso rechazar la doctrina jurisprudencial de la diferenciación entre negaciones simples y cualificadas mediante la introducción del § 130 III. Esto es tan evidente que esta consecuencia de la reforma ha sido asumida por un sector de la doctrina alemana. El envenenamiento del clima político, especialmente en los estados que formaban parte de la antigua República Democrática de Alemania, y los peligros que podían derivar de dicho estado de cosas eran proclives a prescindir de precisiones conceptuales. El legislador quiso dejar cerrada la posibilidad de distinciones dogmáticas que abrieran ámbitos de atipicidad o de impunidad.

La tesis central de Wandres consiste, precisamente, en la afirmación de que el legislador no ha conseguido su propósito. Este autor considera que, a pesar de la *voluntas legislatoris*, la simple negación debe seguir siendo considerada impune por regla general, tanto desde la perspectiva del delito de injurias como del de la incitación al odio racial. La interpretación de este autor anula las intenciones del legislador e, incluso, supone una crítica a la vía de castigo –o de escape de las pretensiones punitivas de la opinión pública– que la jurisprudencia alemana había abierto a través de la vía de los delitos contra el honor.

La monografía se divide en cuatro grandes apartados: 1. La negación de Auschwitz como fenómeno social. 2. Una exposición sobre el estado de la cuestión relativa al tratamiento penal de la negación de Auschwitz. 3. Las nuevas concepciones de Wandres sobre el tratamiento penal de la negación de Auschwitz. 4. Constitucionalidad del Derecho Penal contra la negación de Auschwitz. En realidad, se trata de abordar la perspectiva sociológica, la perspectiva dogmática y la perspectiva constitucional del problema.

LA NEGACIÓN DE AUSCHWITZ COMO FENÓMENO SOCIAL

En el apartado primero Wandres describe el sustrato social de la negación del holocausto en el contexto alemán analizándolo como fenómeno social (pp. 21 ss.). En el libro se argumenta cómo si se quiere entender la realidad del problema no se debe fijar la relevancia del mismo en la negación histórica sino en el mensaje que la acompaña: los enemigos de Alemania se inventaron esa mentira o falsearon la historia para mantener injustamente al país extorsionado y sojuzgado (económicamente, políticamente, moralmente, etc.) en su propio beneficio. En este marco se resalta el enorme contenido simbólico y emocional que encierran las referencias a Auschwitz, lo que explicaría (no necesariamente legitimaría) la existencia de una norma especial para castigar específicamente la negación de la existencia del campo de concentración y exterminio de Auschwitz, la instalación más importante en la operación de exterminio de los nazis. En este tipo de consideraciones sociológicas como sustrato de las decisiones legislativas se insiste también en la idea (pp. 54-66) de que la historia es un factor de identidad de cualquier sociedad (lo cual diferencia el fenómeno en Alemania del de otros países). Esto es así en Alemania especialmente en lo que respecta a todo lo que tenga que ver con la época histórica ligada al nacionalsocialismo que es algo más que historia que se estudie en los manuales de los colegios, ya en realidad sigue siendo políticamente relevante en la actualidad. El actual Estado alemán tiene sus bases en una relación de rechazo con los hechos protagonizados previamente por Alemania en la época nacionalsocialista. El rechazo al holocausto representa, pues, un elemento básico de consenso de la sociedad alemana con-

temporánea. Este autor señala cómo el § 130 III representa una opción político-criminal: la interiorización normativa de la existencia de un hecho histórico, el holocausto (p. 64). Ahí reside gran parte del problema político-criminal que representa este delito.

Estas consideraciones de partida se acompañan de un estudio histórico del fenómeno (pp. 24-49), de un análisis de cómo la propia justicia de la República Federal de Alemania ha ayudado a formar una idea histórica de Auschwitz a pesar del escaso número de procedimientos en la postguerra relativos al genocidio judío (pp. 50-54) y de una investigación de la negación de Auschwitz como fenómeno internacional (66-69).

En esta primera parte Wandres expone cómo, a pesar de las intenciones del legislador, desde una perspectiva dogmática no es posible castigar toda negación *per se*, ya que las normas penales no pueden pretender mantener la corrección de una interpretación histórica en el marco del debate público y político. En este sentido considera que no se debe llevar a cabo una censura de la revisión histórica siempre que sea metodológicamente correcta. La cuestión central pasa a ser cuándo las manifestaciones públicas o la publicación de estas ideas revisionistas pueden ser jurídico-penalmente relevantes. Para ello se propone una clasificación de los diversos modelos de negación tras realizar una exposición histórica de cómo se ha desarrollado esta negación (pp. 71-79). Para Wandres las modalidades o fenómenos de aparición son básicamente dos:

1. La simple negación de Auschwitz (pp. 80-93), que consistiría simplemente en discutir la existencia del holocausto como verdad histórica. Se trataría de discutir la verdad histórica del genocidio judío sin sacar conclusiones sobre el origen de esa dominante visión «deformada» de la historia ni de los motivos de su mantenimiento. En estos casos reconoce Wandres que no se puede tratar de forma distinta cada caso dependiendo de razones subjetivas como el conocimiento de la falsedad de lo que se está diciendo o de las motivaciones políticas de cada autor. Aunque más que una cuestión dogmática o principialista la argumentación tiene bases pragmáticas: aunque no es imposible constatar dichos datos, son muchas las dificultades prácticas que surgen para diferenciar unos supuestos de otros. En todo caso Wandres considera que en principio sólo debe plantearse la relevancia penal de lo que denomina revisionismo radical (no, por ejemplo, en considerar que hay que reducir el número total de víctimas al 80 % de lo que se suele sostener) y expone los métodos que estos revisionistas radicales han utilizado para sus fines.

2. La afirmación de que Auschwitz es un engaño inventado o lo que se puede denominar *Auschwitz-Lüge* (mentira de Auschwitz) en sentido estricto (pp. 93 s.). En estos casos según el autor del libro el mensaje explícito que acompaña a la negación de que Alemania ha sido víctima de un engaño histórico protagonizado por el mundo judío puede tener rele-

vancia penal. Los mayores problemas se presentarían en los casos en los que ese mensaje no es explícito sino tácito.

Wandres considera que el revisionismo radical excede el sentido de una reivindicación histórica y pretende tener consecuencias concretas en el presente. El Derecho Penal debe tener en cuenta que dichas manifestaciones se vinculan con una ideología racista, antisemita o nacionalsocialista (pp. 94 s.) al vincular el holocausto con un invento judío. Se trataría de camuflar la incitación al odio antisemita ya que con la negación en realidad se pretendería provocar persecuciones masivas de judíos o pogromos (pp. 95 s.) como reacción contra los que inventaron esa mentira que atenta contra intereses alemanes. Los revisionistas radicales pretenderían con sus actividades facilitar una base argumental contra los actuales atentados contra judíos. Wandres asume la definición extendida de estos sujetos como incendiarios espirituales o ideológicos (*geistige Brandstifter*) y considera que frente a ellos el Derecho Penal no debe quedarse cruzado de brazos teniendo en cuenta la experiencia histórica.

Esta primera parte del trabajo finaliza con la exposición de lo que va a suponer el eje de su discurso. Wandres propone una nueva terminología para comprender jurídicamente este fenómeno (pp. 96-99) y alrededor de dicha terminología se va a desarrollar el hilo argumental del trabajo. Frente a la actual clasificación doctrinal y jurisprudencial que sólo diferencia entre las mentiras sobre Auschwitz simples y cualificadas, dependiendo de la identificación de la negación con una ideología antisemita, y de la que se viene haciendo depender la relevancia jurídica de la conducta, considera Wandres que hay que partir del concepto más neutral de «negación de Auschwitz» y diferenciar a partir de esa característica común entre tres formas de llevar a cabo dicha negación:

1. Simple revisión radical de la historia sin sacar conclusiones (que se correspondería con la denominada mentira de Auschwitz simple, pero que en realidad no se puede calificar como mentira de Auschwitz).

2. Revisión radical de la historia como instrumento de ataques contra intereses personales. En estos casos la discusión histórica no es más que un vehículo o un cobijo para otros fines distintos. La historia no es utilizada más que como pretexto para atacar bienes jurídicos personales. El ejemplo en este sentido es afirmar que Auschwitz es un invento de un determinado círculo de personas en su propio beneficio.

3. Revisión radical de la historia como instrumento de puesta en peligro grave de bienes jurídicos. En estos casos no se pretende en realidad modificar la visión histórica sino ciertas representaciones del presente. Se pretende orientar a la opinión pública contra determinados grupos como el de los judíos, modificando el clima público para crear sentimientos colectivos que sirvan como base sociopsicológica para organizar ataques

contra el grupo estigmatizado. Se trata de casos en los que no se busca un atentado directo contra dicho círculo de personas, sino efectos propagandísticos o de agitación que mediante una influencia psíquica motiven a otros a cometer delitos contra dichos sujetos. Según Wandres, mediante la estigmatización de los judíos se fomenta una disposición a su persecución apenas dominable y con ello se ponen en peligro los bienes jurídicos personales de ese círculo de personas.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el apartado segundo (pp. 100 ss.) Wandres analiza cómo se ha tratado jurídico-penalmente la negación de Auschwitz hasta ese momento en Alemania. Dejando otras posibilidades de lado este autor analiza si se podría castigar la negación del holocausto como un delito de injurias (§§ 185 ss. CP alemán) o de incitación al odio racial (§ 130 CP alemán). El primero prácticamente no se ha visto afectado por la reforma de 1994 (salvo en lo que respecta a las relaciones concursales).

Wandres expone en esta parte el estado de la cuestión hasta la ley de lucha contra la criminalidad de 1994 (pp. 123-133), las novedades de la ley y los comentarios —muchos de ellos críticos con su legitimidad— que la reforma ha suscitado y termina con una exposición de Derecho comparado (pp. 142-159), en la que curiosamente no se hace referencia al Derecho español en el que no sólo existe una norma, sino que se ha hecho uso de ella y está pendiente una cuestión de constitucionalidad.

PROPUESTA DE SOLUCIÓN

En el apartado tercero (pp. 160 ss.) intenta Wandres interpretar las tres modalidades de negación de Auschwitz planteadas por él en relación al Derecho alemán vigente tras 1994. Para ello parte para dicha interpretación de una exposición de su visión de la teoría del bien jurídico en su función crítica o trascendente al sistema (pp. 161-177), que define como «Derecho constitucional penal» («Strafrechtliches Verfassungsrecht»). La monografía parte de la asunción de la teoría personal del bien jurídico, cuyo principal representante es Hassemer.

La negación de Auschwitz como delito de injurias (§§ 185 ss. CP alemán)

Wandres comienza analizando la punición de la negación como injurias (pp. 177-210) y si las tres modalidades de negación propuestas en el libro lesionan el honor como bien jurídico.

La monografía deja al descubierto algunos inconvenientes que presenta desde una perspectiva material la punición de la negación del holocausto a través de las injurias. Resulta difícil poder afirmar que negar que alguien haya sido víctima de una desgracia o negar en general su destino vital se pueda considerar como una injuria. Ello es evidente si pensamos en una desgracia natural en vez de en un hecho delictivo. Como afirma convincentemente el monografista (p. 189), convertirse en víctima de un delito es tan trágico como casual y por ello una desgracia personal de esas características es neutral desde la perspectiva del honor. La negación de Auschwitz sólo puede pasar a ser relevante, por tanto, para el delito de injurias cuando se afirma no sólo que los supervivientes no son tales sino también que mienten. Esa calificación como mentirosos representa ya un ataque personal que podría fundamentar su castigo como injuria. Es difícil pensar, sin embargo, que la injuria pueda afectar a otras personas distintas de los supervivientes o de aquellos que se les imputa formar parte del círculo de personas que se inventaron la mentira de Auschwitz. No parece adecuado considerar que es un atentado contra el honor de una persona decirle que un ascendiente no fue superviviente del holocausto y que, por tanto, mintió sobre su vida. Ello es comprensiblemente irritante pero no lesiona el honor (siempre que no se mantenga un concepto fáctico de honor que abarque elementos emocionales o incluya los sentimientos del afectado de ser denigrado). En definitiva, la monografía de Wandres deja en evidencia, como ya había hecho anteriormente un sector de la doctrina alemana, los problemas que la negación de desgracias encierra para el delito de injurias. Lesión del honor y no reconocimiento de la identidad personal son dos cosas distintas (Jakobs, GA 2001, p. 560). Los delitos de injurias no protegen la identidad personal ni los diversos elementos que la configuran.

La justificación del genocidio también plantea problemas en la medida que dicho mensaje suele ir más dirigido a ensalzar a los autores del mismo que a denigrar a sus víctimas. No se trata de negar el honor de la víctima sino el deshonor del autor de los hechos.

En lo que respecta a las injurias Wandres señala como en la práctica no se presenta el fenómeno de la negación de Auschwitz como una injuria concreta contra un sujeto concreto, por lo que el problema debe englobarse dentro del problemático estudio de las injurias contra colectivos. Ello se ve dificultado (también en España) porque no existe una terminología unitaria en los estudios específicos sobre la materia. En esencia, la cuestión central en estos casos es si un colectivo autónomamente considerado puede ser sujeto pasivo del delito de injurias (*Kollektivbeleidigung*) o si existen casos en los que la injuria colectiva implica a su vez una injuria individualizada contra cada miembro del colectivo y debe ser interpretada como un conjunto de injurias individuales (*Sammelbeleidigung*). Las pp. 201 ss. están dedicadas a la problemática de las injurias contra varias

personas. Ello es especialmente importante cuando la negación como manifestación de una ideología racista va acompañada de expresiones denigrantes o vejatorias contra los judíos. ¿Qué sucede cuando se afirma que son los judíos los que han falseado la historia?

Es evidente que no se puede entender razonablemente que dicha información implique que cada miembro de la comunidad judía ha participado en el falseamiento del holocausto. Wandres (pp. 203 s.) niega la posibilidad de que se entienda que el sujeto pasivo de la injuria es el Consejo Central de los judíos en Alemania (Zentralrat der Juden in Deutschland) como colectivo más representativo de esta comunidad, por lo que profundiza en la idea de que la expresión contra el colectivo afecte al honor de sus miembros; es decir, si la afirmación de la mentira supondría en realidad un concurso ideal de injurias individuales. Wandres considera que en caso de grupos grandes (como los judíos, los católicos, los protestantes) no se puede entender razonablemente como punto de partida que el autor de la expresión piense que cada uno de los miembros del grupo sin excepción miente y, por tanto, que le impute a cada integrante haber participado en la mentira (p. 204). Wandres considera que sólo es posible hablar de injurias en caso de minorías en una determinada sociedad (pp. 204 ss.), especialmente cuando existe el peligro de discriminación. En esa perspectiva discriminadora cree Wandres que se puede fundamentar el injusto propio de las injurias. En concreto, con respecto a la mentira de Auschwitz, cuando la negación va vinculada a un estereotipo antisemita. Por ejemplo, cuando se manifiesta que es una característica típica de los judíos utilizar el engaño para sus propósitos. Wandres asume que en estos casos nos encontramos ante un delito de injurias aunque el estereotipo no se manifieste expresamente siempre que la negación lleve implícita una ideología antisemita.

En conclusión, según el monografista no es punible como delito de injurias la mera negación (lo que se denomina en la monografía fenómeno 1). Supone un delito de injurias la afirmación de que Auschwitz es una mentira (fenómeno 2) siempre que expresamente o de forma concluyente se afirme que son los judíos los que han causado o se aprovechan de dicho engaño, en la medida en que se trata de una afirmación que conlleva implícitamente un estereotipo antisemita. En realidad Wandres acaba asumiendo que siempre es así.

La negación de Auschwitz como un delito de incitación al odio racial (§ 130 CP alemán)

Wandres se ocupa de este delito (pp. 210-264) en el marco de la punición de los actos previos al delito, calificándolo como una apología nebulosa o vaga. Estratifica el fenómeno general de la motivación ajena a la co-

misión de delitos en tres niveles dependiendo del grado de determinación del hecho, del autor y de la víctima. De mayor a menor grado de concreción se trataría de: 1. Inducción, 2. Provocación pública a la comisión de hechos delictivos, y 3. Provocación al odio racial. El paralelismo de esta clasificación con el Derecho positivo español se podría establecer en los siguientes términos: 1. Inducción, 2. Apología como acto preparatorio (art. 18), y 3. Apologías difusas (arts. 510, 578, 607.2). En la incitación al odio racial queda indeterminado el hecho y el autor, quedando definida de forma genérica la víctima en cuanto miembro de un grupo. En esencia lo que según Wandres pretende evitar el tipo de odio racial es que dicho tipo de incitación pueda llegar a ser de alguna manera idónea por un cúmulo de circunstancias para preparar en el ámbito del Estado alemán un delito contra la humanidad.

Wandres, buscando una legitimación independiente de los delitos que en última instancia se pretenden evitar (asesinatos, mutilaciones, etc.), mantiene que la paz pública representa el bien jurídico protegido en este delito (pp. 213-222). Tomando como punto de partida que desde la perspectiva del Derecho positivo, dogmática o inmanente al sistema es éste el objeto de protección de la norma analiza si desde su postura de aceptación de una teoría personal del bien jurídico como criterio legitimador del injusto presenta dicho bien jurídico un contenido material aceptable. Desde sus puntos de partida rechaza en otros lugares del libro otros bienes jurídicos propuestos por la doctrina como la protección de la verdad histórica (pp. 239 ss.), que no se trate en definitiva más que de la protección de un tabú (pp. 242 ss.) o que este tipo se pueda entender como protector directo de bienes jurídicos individuales en la línea de una injuria colectiva.

Como punto central de su trabajo Wandres analiza el significado de la paz pública como bien jurídico protegido. En el marco de dicha exposición se rechaza una dimensión subjetiva de la paz pública (sentimientos de seguridad de la opinión pública) como bien jurídico asumiendo una dimensión objetiva (situación de estabilidad). Wandres considera que en la primera concepción el juez debería determinar la perturbación de la paz teniendo en cuenta los sentimientos de las víctimas potenciales mientras en el segundo caso debe dirigir su mirada hacia los autores potenciales.

En la monografía se defiende que un concepto de paz pública orientado a la psicología social, a los sentimientos colectivos o enriquecido con elementos subjetivos debe ser rechazado, ya que no presenta utilidad alguna en el ámbito del Derecho Penal (pp. 214-216). El juez no puede determinar cuáles son los efectos psicológicos o emotivos que puede haber tenido una expresión en la población, especialmente por la heterogeneidad de las sociedades modernas. Esta referencia a las víctimas potenciales llevaría implícito, por tanto, el peligro de la especulación y el decisionismo. Se considera que aunque se pueda llegar a afirmar que siempre que haya una perturbación real de la paz entendida como estabilidad social

quepa esperar una perturbación de los sentimientos de la población, no se puede realizar dicha afirmación en sentido contrario. No siempre que los sentimientos se ven perturbados viene ello motivado por causas objetivas o racionales. Habrá siempre un sector de la población que ante determinadas expresiones o manifestación de opiniones se sienta insegura aunque no existan razones objetivas para ello. Con ello la punición siempre estaría asegurada con la mera negación.

Cabiendo sólo la opción a favor de un concepto objetivo de paz pública Wandres se preocupa de cómo establecer criterios racionales para poder realizar un pronóstico de peligro para la estabilidad de la sociedad. Para ello intenta hacer útil el arsenal conceptual del Derecho de policía alemán (pp. 218-221), proponiendo como criterio un juicio hipotético sobre si un funcionario de policía que se encontrara en el lugar del hecho podría o debería intervenir para proteger derechos individuales. Según Wandres se lesionaría el bien jurídico paz pública cuando se crea una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos personales de un número indeterminado de individuos en la que hipotéticamente un funcionario de policía estaría obligado a intervenir si estuviera presente. El bien jurídico paz pública sería la ausencia de una situación de esas características. Wandres asume que en la medida en que el § 130 CP alemán exige que la conducta sea adecuada para perturbar la paz pública se trataría de una tipificación de un peligro (para bienes jurídicos individuales). Por ello analiza qué tipo de peligro es el que se encuentra tipificado en estos casos (pp. 224-227).

Aquí no se va a profundizar en el particularizado estudio de la conducta típica del § 130 III CP alemán (aprobar, negar o minimizar una conducta genocida realizada en la época del nacionalsocialismo) que se lleva a cabo en el libro (pp. 228-260) por carecer de especial interés para el lector español. En dicho estudio Wandres se dedica a analizar la negación del genocidio que equipara a su minimización cuantitativa (la cualitativa encerraría un mayor parentesco con la aprobación) junto con la difusión de escritos (pp. 260-262). El aspecto que desde una perspectiva comparada puede presentar mayor interés reside en el propósito de Wandres de desarrollar una interpretación restrictiva de tal manera que queden fuera del ámbito típico conductas que es impensable que un legislador razonable pueda apreciar como modelo de peligro para la paz pública (p. 232). Este autor busca dejar en el ámbito de lo típicamente relevante sólo negaciones cuya potencialidad de provocación psico-social sea tan grande que se pueda entender que encierran un riesgo para la paz pública. En este sentido Wandres sólo deja fuera del ámbito de lo penalmente relevante aquellos casos en los que queda excluido que surja como consecuencia de la expresión un estado de ánimo o tendencia a la persecución masiva de judíos o a pogromos en sectores de la población inclinados a ello. En virtud de ello considera que la negación será punible cuando se dirija como influencia espiritual hacia grupos de personas afines ideológicamente, in-

clinadas a atentar contra judíos, sobre todo cuando se trate de grupos organizados. En los casos denominados en la monografía como fenómeno 1, es decir, en la mera negación de los hechos, falta dicha capacidad agitadora o excitadora de masas con una inclinación antisemita (pp. 251 ss.). Sin embargo, matiza esta afirmación considerando que ello no será así cuando con base en las circunstancias objetivas que pueden rodear una negación total del holocausto o de la existencia de cámaras de gas para exterminar al pueblo judío se pueda llegar al convencimiento fundado de que el negador vincula su revisión histórica con la consecución de determinados fines en el presente. En esos casos considera Wandres que el autor ha superado los límites entre la negación simple y la negación cualificada de Auschwitz (pp. 253, 255).

El fundamento de la punición se basa en la relación de la negación con los grupos destinatarios del mensaje. De esa manera, por ejemplo, no podría ser punible la negación del holocausto ni la afirmación de que se trata de un invento de los judíos realizada en el marco de un acto académico de especialistas.

Conclusiones

La negación de Auschwitz mediante la modalidad 1 (simple revisión radical de la historia) no es típica como delito de injurias ni tampoco se puede calificar en general como incitación al odio racial (§ 130 CP alemán). Se podría castigar de forma excepcional algún supuesto a través del tipo específico de negación del holocausto siempre que la manifestación encierre un potencial de agitación especialmente alto, sobre todo en los casos de negación total del holocausto o de los asesinatos masivos en las cámaras de gas.

Las cosas cambian con la modalidad 2 (mentira de Auschwitz en sentido estricto). La radical revisión de la historia va unida en estos supuestos de forma explícita o concluyente a la afirmación de que la historia se ha visto falseada y que la mentira está siendo utilizada contra los intereses alemanes. Este tipo de afirmaciones son para Wandres relevantes para el delito de injurias siempre que se le impute ese gran engaño a los judíos. Además la mayoría de los casos serán punibles a través de la tipificación específica de la negación de Auschwitz (§ 130 III) debido a la capacidad agitadora o de exaltación anímica de grupos que encierran esas afirmaciones. Wandres afirma que en caso de concurrencia deberá tratarse el hecho como concurso ideal de delitos y no como un concurso aparente de normas debido a la diversidad de bienes jurídicos protegidos y a la diferente técnica de protección empleada.

La modalidad 3 supone una injuria que también reúne los requisitos del tipo general de incitación al odio racial del apartado primero del § 130

CP alemán, que es especial con respecto a la negación de Auschwitz del apartado tercero. Aunque no quepa descartar según Wandres que se eluda mediante diversos recursos la calificación como injurias, en la mayoría de los casos existirá un concurso ideal entre el delito de injurias y el de incitación al odio racial.

Wandres mantiene, pues, en sus conclusiones con respecto a la incitación al odio racial una posición similar a la del Tribunal Supremo anterior a la reforma de 1994 que el legislador quiso dejar sin validez.

Se omite una exposición de las referencias que se llevan a cabo accesoriamente en este apartado respecto al problema de la autoría por convicción (pp. 264-269) y algunas reflexiones de tipo procesal (pp. 270-274).

CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL CONTRA LA NEGACIÓN DE AUSCHWITZ

Wandres finaliza sus reflexiones sobre la negación de Auschwitz (pp. 275 ss.) ocupándose de la constitucionalidad de la nueva punición de la negación de Auschwitz. Este autor considera que con su interpretación restrictiva se han salvado los inconvenientes que puede presentar este precepto desde la perspectiva constitucional y que su interpretación posibilita una aplicación acorde con la constitución.

En relación a la libertad de opinión Wandres considera que el castigo de la mera negación (modalidad 1) es anticonstitucional. En el caso de los otros dos supuestos no habría ningún problema para asumir su constitucionalidad. Por tanto, si hubiera que interpretar la negación del genocidio judío en sentido amplio como punible tal y como parece que pretendía el legislador alemán en 1994, habría que entender que dicha norma tendría un contenido no respetuoso ni con la libertad de expresión ni con la libertad científica.

II

Las últimas actuaciones del legislador alemán en materia penal frente a las actividades de extrema derecha, neonazis o antisemitas tenían claramente fines populistas como respuesta rápida a determinados sucesos relacionados con dichas actividades que habían escandalizado a la opinión pública. Este tipo de actuaciones no resulta extraño tampoco en el contexto español. Sólo hay que pensar en la reciente reforma de los delitos de terrorismo tras la polémica en relación a la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional en el caso de la condena a la mesa de HB (sobre la sentencia condenatoria del TS en sentido crítico, Gimbernat Ordeig, «La sentencia de HB», *Ensayos penales*. Parece, pues, que nos encontramos

ante una manifestación de política criminal simbólica que según Hassemer viene provocando que «el legislador reconozca con rapidez en la opinión pública una «necesidad de actuación» y que la satisfaga con prontitud». Es evidente que ante una determinada coyuntura (cuya punta de iceberg ha sido el escándalo Deckert) el legislador alemán ha pretendido tranquilizar a la población, acallar demandas sociales o generar o acrecentar sentimientos de seguridad. El Derecho Penal, por su fuerte contenido simbólico (entidad de las sanciones, jurisdiccionalización del problema con todas las ventajas que ésta conlleva frente a otros sistemas jurídicos sancionatorios, carga de reproche que por sí misma conlleva la referencia a una condena penal, etc.) se ve forzado a intervenir cuando ciertos fenómenos parecen estar vinculados a los consensos mínimos de un determinado orden social o al mal denominado mínimo ético, en expresión de Jellinek. El intenso contenido simbólico del Derecho Penal es un arma de doble filo que conduce en muchas ocasiones a la perversión del sistema normativo jurídico-penal. Si Wandres no enarbola el eslogan combativo o crítico del Derecho Penal simbólico (Hassemer y la escuela de Frankfurt) es porque considera que es necesaria la intervención del Derecho Penal frente al fenómeno que es objeto de su monografía. Lo que se plantea el autor consecuentemente es hasta dónde se puede actuar legítimamente con la *ultima ratio* del ordenamiento, es decir, aborda una cuestión de merecimiento de pena de acuerdo con ciertos principios básicos de la disciplina y del orden constitucional vigente. En coherencia con este punto de partida considera que no existe –salvo casos excepcionales– un injusto penal en los casos de mera negación del holocausto, truncando su interpretación los objetivos del legislador alemán con respecto a la reforma de 1994 del Código Penal en lo referente a estas cuestiones. El trabajo de Wandres es un ejemplo de cómo el trabajo dogmático puede limitar el populismo (aspecto muchas veces olvidado por la escuela de Frankfurt, que se olvidan de la fuerza configuradora de la dogmática y limitan las aportaciones de la Ciencia del Derecho Penal a la oposición frontal a determinados preceptos calificándolos como simbólicos o denunciando la insoportable situación del Derecho Penal, lo cual carece de efectos prácticos), aunque en mi opinión se queda corto en su propuesta de restricción del tipo. Sobre todo porque no deja bien cerrada la distinción entre negaciones de Auschwitz no punibles y las mentiras de Auschwitz que pueden alcanzar relevancia penal. Admitir que la mera afirmación fáctica de la inexistencia de una masacre en Auschwitz (fenómeno 1) puede llegar a ser punible si tácitamente o de forma velada supone una manifestación de que se trata de una mentira inventada por judíos o si se puede llegar al convencimiento fundado de que el negador vincula su revisión histórica con la consecución de determinados fines en el presente o siempre que la manifestación encierre un potencial de agitación especialmente alto acaba echando por tierra la delimitación del alcance del tipo que se pretende laboriosamente construir

a lo largo del trabajo. Se dejan tantas vías de agua abiertas entre los compartimentos que se han pretendido estancar que éstas acaban haciendo zozobrar el barco y evitan que la travesía llegue a buen puerto.

El estudio de Wandres tiene el mérito de sacar a la luz el sustrato sociológico del fenómeno de la negación de Auschwitz en Alemania, contextualizando las necesidades punitivas de una sociedad concreta, lo que en otros ámbitos como el español debería fomentar una reflexión ante las características diferenciadas de una y otra sociedad. La primera parte del trabajo de Wandres demuestra que el significado comunicativo de una conducta depende también de determinadas coordenadas históricas de una determinada sociedad. El hecho punible no es tal por sus características ontológicas sino que es un fenómeno que perturba una determinada sociedad.

La lectura del libro de Wandres demuestra que un tipo como el artículo 607.2 CP español es innecesario como refuerzo del artículo 615. No se puede afirmar siquiera (aunque ello tampoco serviría para legitimar la punibilidad del hecho) que la negación de un genocidio cualquiera afecte a las bases de la identidad del Estado español. Además no cuesta mucho llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad del precepto español cuando los elementos típicos de los que deduce el monografista su interpretación restrictiva para salvar la norma de la inconstitucionalidad no existen en el Código Penal español ni aparecen elementos en el tipo que puedan cumplir alternativamente esa función. A mayores, el modelo español extiende sus referencias a cualquier tipo de genocidio multiplicándose exponencialmente los problemas de legitimidad (como expone Wandres, en Alemania siempre se ha renunciado a tipificar una negación general de estas características, reduciéndose al genocidio nazi por las características de la sociedad alemana).

El trabajo de Wandres encierra también el valor de evidenciar cómo la negación de un genocidio puede tener en relación al contexto social una doble relevancia jurídico-penal: bien como atentado directo contra bienes jurídicos personales (básicamente el honor) o bien por su vinculación con el futuro comportamiento delictivo de terceras personas.

Legitimar el castigo de la negación del genocidio afirmando que se protege en general la dignidad de seres humanos no es más que un salto en el vacío que deja en evidencia los problemas dogmáticos para legitimar una intervención penal frente a expresiones políticamente incorrectas. La dignidad es el concepto de personalidad, y para afirmar que la negación constituye o puede constituir un delito contra las personas habría que concretar la lesión de un derecho personal (por ejemplo, el honor).

Desde esta primera perspectiva del problema el trabajo de Wandres pone de manifiesto lo difícil que resulta interpretar la negación del holocausto por sus características como un delito de injurias, aunque el trabajo de este autor no acaba de convencer en sus conclusiones. Lesión del ho-

nor y no reconocimiento de la identidad personal son dos cosas distintas (Jakobs, GA 2001, p. 560). Los delitos de injurias no protegen la identidad personal ni los diversos elementos que la configuran. Con respecto al fenómeno de las injurias colectivas las diferenciaciones de Wandres son casuísticas y carecen de relación con una teoría global sobre el sujeto pasivo del delito de injurias con respecto al cual no se ofrecen criterios de determinación fiables. Es evidente que Wandres considera que se deben castigar las expresiones discriminatorias contra los judíos, pero dicha conclusión está falta de una fundamentación dogmática clara que evite el decisionismo. Si lo decisivo en las injurias colectivas es entender a los miembros del colectivo como los sujetos pasivos del delito, ¿por qué distinguir entre grupos grandes o pequeños? ¿Por qué diferenciar si en una determinada sociedad existen más o menos miembros de una determinada religión? ¿Por qué en España, por ejemplo, la expresión que no supone una injuria para un católico sí lo puede suponer para un testigo de Jehová o un musulmán? La razón de que cuanto más grande el grupo menos creíble es que la expresión denigratoria vaya dirigida a cada miembro del mismo no convence. Más bien parece que en el fondo no es la protección del honor individual lo que preocupa sino la discriminación de determinados colectivos más propensos a ello. Es decir, en el marco del Derecho Penal español, entraríamos en el ámbito del fin de protección del artículo 510.2: los que difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a determinadas características personales. Esta calificación casa mejor con la idea de Wandres de castigar la negación que lleve implícita una ideología antisemita que la tipicidad por injurias. Con ello se puede observar que más que la protección directa de los bienes jurídicos de los miembros de un grupo minoritario en una sociedad, lo que preocupa son los efectos que pueden tener esas descalificaciones para la normalidad de las relaciones sociales, es decir, en su relación con la aparición de agresiones contra los integrantes de un determinado colectivo.

La posición de Wandres no puede convencer tampoco en lo que respecta a la punición fuera del ámbito de los delitos contra el honor. Es decir, en lo que respecta a la fundamentación del injusto por su vinculación con el futuro comportamiento delictivo de terceras personas. Si nos imaginamos que el autor de un atentado personal contra un judío (asesinato, lesiones, etc.) reconociera que estando inclinado a hacer algo contra los judíos sus motivaciones a cometer el hecho se han visto influidas de alguna manera por determinadas personas que afirman que Auschwitz no es más que una mentira no parece que nadie se plantearía la posibilidad de castigar a los que han mantenido dichas afirmaciones como inductores o por cooperación psíquica (figura que por fortuna cada vez va teniendo un alcance más restrictivo). Ello deja en evidencia que no se está castigando un estadio previo a la ejecución del delito sino otra cosa. El sentido del comportamiento no se capta correctamente si se reduce a una interacción entre

dos personas para atentar contra una tercera que es castigada antes de que pase algo o de que se irrumpa en una organización ajena en la línea tradicional de los actos preparatorios del delito. ¿Qué aporta la negación del holocausto a la organización del hecho delictivo cuando se trata de personas que ya están inclinadas a atentar contra intereses judíos?

Tiene razón Wandres al considerar que la perturbación de la paz no puede consistir sólo en que de algún modo se observe intranquilidad y desorientación o un vago sentimiento de inseguridad. Lo que se está protegiendo con este delito es el clima, la atmósfera o el ambiente sociales que es una realidad objetiva. Ello es lo que significa la protección de la paz pública: un clima que no incite al delito o a la violencia o el mantenimiento de un ambiente acorde al Derecho. Para ello se combate un factor criminógeno: el surgimiento de mecanismos de neutralización que rompen el efecto de inhibición que puede tener el ordenamiento jurídico ofreciendo justificaciones, explicaciones o motivaciones a las acciones delictivas, denigrando o distanciando a la víctima y haciendo desaparecer los vínculos emotivos que se puede tener con ella como persona, etc. (este tipo de rupturas con el ordenamiento vigente han quedado evidenciadas con el experimento Milgram –*vid. Kargl, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht*–). No se trata, pues, en principio de la infracción de normas penales en sentido estricto sino de normas que acompañan a algunas normas penales.

Wandres con buen criterio ha querido evitar que la referencia a un bien jurídico sin referente o sustrato material le acabara conduciendo a una fundamentación de la negación del genocidio como injusto que recordara la peligrosidad propia de los denominados delitos cumulativos en los que se sanciona la conducta no por crear por sí sola un riesgo o peligro de entidad suficiente sino por los efectos nocivos de la repetición o reiteración del mismo tipo de comportamientos (Kuhlen, GA 86 y ZStW 105 –en sentido crítico convincentemente Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*–). En estos casos en realidad no se retribuyen injustos sino que se busca gestionar problemas sistémicos. La conducta en este modelo de imputación no tiene capacidad lesiva por sí misma sino en la medida que tenga efectos sinérgicos con otros factores que ya no tienen nada que ver con el comportamiento que es penado. En los delitos cumulativos el fundamento de la pena no depende sólo del comportamiento individual sino que se enmarca en una dinámica de desobediencia en masa descoordinada. El Derecho Penal, por las características de sus instrumentos, sin embargo, exige otro tipo de estrategia preventiva que tenga en cuenta aisladamente la peligrosidad fáctica del hecho individual con independencia de la dinámica colectiva o social siempre que no existan razones para una imputación recíproca de los diversos hechos. Todo ello ha sido tenido en cuenta por el monografista en contra de las intenciones del legislador alemán que ha querido castigar la negación y, sobre todo, su reiteración por su peli-

grosidad presunta para el sistema político alemán (por ello el propósito de la reforma de 1994 es evitar una distinción entre negaciones simples y cualificadas).

Intentando eludir estos inconvenientes Wandres ha vuelto la vista, como suelen hacer los defensores del concepto personal de bien jurídico promovido desde Frankfurt por Hassemer, a los delitos de resultado lesivo donde la doctrina jurídico-penal se encuentra cómoda. Con esta referencia ha intentado desarrollar la imagen de este tipo de delitos como actos preparatorios de un delito de resultado lesivo de derechos individuales (una especie de tentativa de participación imprudente en delitos de homicidio, lesiones, etc.). No es extraño que los nuevos fenómenos de los que se tiene que ocupar el Derecho Penal se quieran explicar a partir de la dogmática de los delitos de resultado lesivo contra bienes jurídicos individuales como si fuera cierta la afirmación de que la Parte General del Derecho Penal es un desarrollo dogmático del delito de homicidio. En realidad, lo que late en el fondo de la exposición de la monografía es que como la experiencia demuestra que existen grupos proclives a atentar contra determinados colectivos se debe tener cuidado para no azuzarles en ese sentido o para no azuzar su odio. Si se hace, en concreto si se habla de la mentira de Auschwitz, no es improbable (previsibilidad objetiva debido a la realidad social existente) que pueda pasar algo que esté tipificado en una norma penal. Por tanto, se sanciona sin más esa falta grave de cuidado con los bienes jurídicos personales de los judíos que consiste en no tener la precaución de realizar determinadas manifestaciones sólo ante grupos inmunes (con escasa probabilidad) a esas tendencias. Parece que habría que deducir que en otras circunstancias de mayor estabilidad iría consecuentemente desapareciendo ese deber.

Wandres deja de lado ciertas consideraciones normativas que invalidan su perspectiva. La previsibilidad objetiva sirve para calcular sucesos naturales, pero no para vincular una conducta con la posible actuación delictiva de otros sujetos autorresponsables. Si se quieren vincular dogmáticamente los delitos de clima y los delitos de resultado lesivo contra bienes jurídicos personales deben tenerse en cuenta ciertas limitaciones normativas canalizadas a través de las instituciones desarrolladas en el marco de la teoría de la imputación objetiva como la prohibición de regreso o el principio de confianza. Es un problema (incumbencia) de los receptores del mensaje cómo deben procesar determinadas informaciones si éstas carecen de un claro sentido delictivo (y no pueden tenerlo cuando en la influencia en motivos ajenos falta cualquier referencia a las circunstancias del hecho o al delito concreto). No se pueden crear responsabilidades ilimitadas por desatar cualquier curso causal no improbable, sobre todo cuando media el comportamiento responsable de terceras personas. A partir de la dogmática tradicional de los delitos lesivos de bienes jurídicos individuales no es posible, pues, explicar (aunque se flexibilicen o

se abstraigan los conceptos de peligro, de dolo eventual, etc.) satisfactoriamente qué es lo que se pretende castigar con los delitos de clima. La única forma de fundamentar materialmente un injusto penal en estos casos sería entendiendo estas tipificaciones específicas como tipos de corrupción o protectores de la infancia y la juventud (en una línea similar a la de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y corrupción de menores). Estos delitos, por tanto, serían legítimos en principio si la actividad corruptora estuviera dirigida a menores de edad o inimputables, pero el problema es que son relevantes con respecto a cualquier tipo de persona. Normalmente los delitos de clima no tienen un ámbito de aplicación tan limitado, sino que plantearían grandes problemas dogmáticos. El problema dogmático reside en que los tipos de corrupción son paternalistas por ello sólo son legítimos en referencia a quien todavía necesita una protección paternalista.

Wandres no ha tenido suficientemente en cuenta que lo que se pretende evitar no es algún homicidio o algunas lesiones sino un genocidio o un delito de lesa humanidad. Lo que en realidad se quiere evitar es que se modifique un clima que facilita el respeto de las normas penales porque, tal y como nos ha enseñado la historia—incluso recientemente—, cuando se trata de atentados masivos contra derechos humanos básicos como el genocidio una vez que se ha modificado la situación política o social es imposible remediarlo o muy difícil reconducirla. En la obra de Wandres falta una relación sistemática con el delito de genocidio que no puede ser entendido más que como un supuesto de criminalidad de masas (Feijoo Sánchez, *La Ley* 98 e *ICADE* 97; desde la perspectiva criminológica Jäger) que se lleva a cabo organizadamente con el apoyo, el amparo, la connivencia o, al menos, el desentendimiento de la población o de un Estado. Lo que en realidad se quiere castigar, lo que se puede definir como el tipo central de la figura delictiva, es la preparación de un estado de ánimo general o colectivo que propicie la persecución masiva de un determinado grupo nacional, racial, étnico o religioso. Como defendía en los trabajos anteriormente citados, la finalidad de la norma que castiga la negación del genocidio es luchar contra el establecimiento de un estado general de opinión en la población favorable al genocidio que sea llevado a cabo de forma planificada, sistemática u organizada. Se trata de una prohibición de preparar psicológicamente a las masas en favor del genocidio por medio de la propaganda. Lo demás, por irritante que pueda ser comprensiblemente para las víctimas y para cualquier persona que conserve un mínimo de decencia, son bagatelas que deben ser excluidas del alcance del tipo. Por tanto, la negación del holocausto sólo debe ser punible cuando se trate de una estrategia diseñada para posibilitar en un futuro no lejano atentados masivos contra intereses judíos. Atentados que se pretende que unos—los camaradas ideológicos— protagonicen y que otros—los más— permitan o respalden. Sólo un hecho de esa magnitud puede ser

apto para necesitar la intervención del Derecho Penal con el objeto de reforzar las leyes de seguridad ciudadana.

En el ámbito de estos delitos de clima deben quedar excluidos, por tanto, los hechos que haya que interpretar en clave individual o como actos preparatorios de un delito contra las personas o, en todo caso, un número reducido de delitos contra las personas. Por ejemplo, si un deportista famoso afirma en un programa de televisión de máxima audiencia que a él le resulta convincente tras algunas lecturas la tesis de que Auschwitz no existió y es un invento del pueblo judío ello será a lo sumo relevante para el delito de injurias si se puede conectar con una lesión del honor de ju­díos particulares.

La posición de Wandres tiene el grave defecto, por partir de una teoría personal del bien jurídico, de querer explicar la negación del genocidio como una anticipación de la punición de hechos delictivos aislados. Wandres ha querido buscar una legitimación a través de la referencia a bienes jurídicos como la vida o la salud y con ello su interpretación posibilita una aplicación no suficientemente restringida (aunque aparentemente legítima) de este tipo de normas que no tiene suficientemente en cuenta principios normativos básicos del orden social como el principio de autorresponsabilidad (del que se deriva el principio de confianza en que los otros respetarán las normas).

Esta monografía sobre la negación de Auschwitz pone en evidencia uno de los muchos defectos de la teoría personal del bien jurídico promovida por Hassemer y los penalistas de su entorno. La teoría acaba adentrándose en terrenos poco claros y perdiendo la fuerza de su formulación original en la medida en la que sus partidarios acaban asumiendo para evitar conclusiones insatisfactorias la protección de bienes jurídicos universales que en última instancia realicen los intereses de los ciudadanos o sirvan al desarrollo personal del individuo en tanto que sin su protección no es posible la convivencia o el desarrollo de las posibilidades vitales del hombre. Por ejemplo, Hassemer, al que continuamente se remite Wandres, se refiere junto a los clásicos bienes individuales en los casos de lesión o puestas en peligro graves y evidentes a las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado como ejemplos de delitos de peligro que pueden existir en el Derecho Penal. En qué medida se puede llegar a una conclusión como ésta desde su punto de partida no es evidente. Según Hassemer, «un concepto personal de bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre». Pero no se determina en última instancia en qué medida esos bienes jurídicos supraindividuales deben servir para proteger mediatamente a los individuales ni se fijan criterios para ello. Al final se incurre en el decisionismo. Por ejemplo, toda la cuestión relevante al grado de peligrosidad para bienes ju-

rídicos individuales que debe encerrar un delito que no los tiene como objeto directo de protección de cara a su legitimidad ha sido silenciado por la teoría personal del bien jurídico. Hassemer sólo ha podido afirmar que cuanto más compleja sea la relación de la norma con un interés individual para buscar su legitimidad más cuidadoso habrá que ser con el sí y el cuanto de la pena (lo que es asumido por Wandres). Cualquier bien jurídico, por tanto, (incluidos bienes tan difusos como la paz pública o el orden público) se puede vincular mediante el correspondiente nivel de abstracción con intereses personales. Es curioso que una escuela tan crítica con la técnica de los delitos de peligro abstracto vincule la legitimidad de los bienes jurídicos suprapersonales a que encierren una peligrosidad abstracta para intereses individuales. Al final la referencia a la teoría personal del bien jurídico le sirve a Wandres para desechar posibilidades claramente ilegítimas (la verdad histórica, el tabú relativo a la verdad de determinados hechos históricos, etc.), conclusión a la que se puede llegar desde otras perspectivas (como, por ejemplo, la teoría funcional del bien jurídico).

Una persona aisladamente no puede modificar el clima de seguridad pública por la magnitud del objeto de protección. La única forma idónea de participar en un cambio social de esas características es mediante una estrategia continuada realizada en grupo. Lo que buscan los delitos de clima, pues, es luchar contra la delincuencia organizada (sobre este concepto Hassemer, *Strafen im Rechtsstaat*) en este ámbito para protagonizar un cambio ideológico en amplias capas de la población o, incluso, un cambio político. La única forma de entender la punición de la difusión de ideologías criminógenas como un injusto parcial que afecta o es idónea para afectar a ámbitos de organización ajenos (en este caso del Estado de Derecho como condición de seguridad de derechos fundamentales) es concebirla como parte de la organización de un injusto sistémico (Lampe, ZStW 106) frente al que no existen alternativas funcionales. De esta manera se evita interpretar los delitos de clima como meros delitos contra la seguridad de las valoraciones o definiciones conformes al Derecho, lo cual plantearía abiertamente su inconstitucionalidad.

Se puede considerar que —en contra de las intenciones del legislador— la interpretación que se propone frente a la posición de Wandres conlleva una escasa aplicación de este tipo de preceptos protectores del clima —cosa no deseada por Wandres con respecto a los protagonistas de la mentira de Auschwitz—, pero ello se debe considerar más un efecto beneficioso que contraproducente o un defecto de la construcción que aquí se propone como alternativa. Las normas excepcionales son para supuestos realmente excepcionales, para los restantes es suficiente con el Derecho de policía como sistema normativo que tiene como función la lucha contra factores criminógenos. Si se quiere desarrollar una política general de tolerancia cero (Hassemer, «La policía en el Estado de Derecho», en *Per-*

sona, mundo y responsabilidad; Muñoz Conde/Hassemer, *Introducción a la Criminología*, pp. 328 ss., sobre los perniciosos efectos de utilizar la pena contra factores criminógenos, en referencia a la radical experiencia americana) con respecto a determinadas ideas o fenómenos por sus posibles efectos criminógenos con relación a injustos penales en sentido estricto esa estrategia no se puede desarrollar legítimamente a través del Derecho Penal. Si el tema de las apologías difusas, vagas o nebulosas debe ser tratada de forma intensa en estos momentos por la Ciencia del Derecho Penal es porque parece que en Europa se quiere desarrollar mediante la fuerza simbólica del Derecho Penal una estrategia de tolerancia cero frente a diversos fenómenos con efectos criminógenos relacionados con valores contrarios al Estado democrático de Derecho (el terrorismo, la ideología de extrema derecha, la xenofobia, etc.) que acaba conduciendo a una instrumentalización perversa de la *ultima ratio* del ordenamiento.

La búsqueda de una fundamentación de la punición de la negación de Auschwitz como apología difusa o abstracta de delitos contra las personas ha hecho que Wandres no tuviera en cuenta en su argumentación qué es lo que puede aportar desde un punto de vista dogmático la definición por parte de Jakobs (ZStW 97, pp. 753 ss., PG, 2/25 c, *La ciencia del Derecho Penal*, pp. 137 ss.) de un sector del ordenamiento como Derecho Penal del enemigo (del sistema): «el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario». El enemigo según Jakobs «es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento... o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho». Cualquier elaboración sobre esta clase de tipos penales como la negación de Auschwitz debe posicionarse con respecto a los rendimientos dogmáticos de esta construcción, por lo que cabe reprocharle a Wandres la omisión del tratamiento de estas cuestiones (que sin embargo emergen en diversos puntos del trabajo aunque sin ser objeto de tratamiento científico).

Los principales inconvenientes de la posición de Jakobs es que falta una mayor concreción sobre quién puede ser definido como enemigo y donde están los límites de esa definición. La descripción se vuelve peligrosa cuando no es utilizada para determinar la especial relevancia comunicativa de determinados hechos sino que se inclina hacia un Derecho Penal de autor. En concreto, cuando no se trata de una descripción de una

parte del Derecho positivo en la que se adelanta la intervención del Derecho Penal (sin la correspondiente disminución de pena), sino que en general se quiere tratar de forma radicalmente distinta a aquel que se excluye como persona porque con su organización vital no cumple con el mandato jurídico básico: sé una persona y respeta a los otros como persona (Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36). Según Jakobs sólo puede ser tratado por el Estado como persona el que ofrece cierta seguridad cognitiva de comportarse de acuerdo a Derecho. Frente a esta perspectiva hay que objetar escépticamente que si en determinados casos no cabe un trato comunicativo (como personas) sino sólo instrumental (como peligros) con determinados sujetos que quedan fuera del orden jurídico y se mantienen en un estado de naturaleza (Hobbes) los problemas surgen con respecto a la determinación de quiénes son esas personas y cuáles son los límites de ese trato instrumental (¿las leyes y usos de guerra del Derecho Internacional?).

Si no queremos regresar a un Derecho Penal de autor –al menos en sentido tradicional– el enemigo no se puede definir subjetivamente o por las motivaciones de su actuación, sino sólo objetivamente en relación a su hecho. Y en estos momentos el único criterio objetivo que existe es el de pertenencia a una organización criminal. Se puede asumir que el término criminalidad organizada representa más una dirección expansiva del Derecho Penal (Hassemer) que un concepto suficientemente investigado empíricamente o que se encuentre dogmáticamente cerrado o concretado, pero se trata de una realidad jurídica que se encuentra ya plasmada en nuestro ordenamiento y en textos internacionales (cfr. sólo como ejemplo (arts. 302, 318 bis, 5, 369, 515, 571 ss. CP –y la correspondiente regulación de los arrepentidos: 376, 579.3 CP–). Lo que realmente se pretende combatir con el Derecho Penal en estos supuestos es la comisión de delitos en un contexto de delincuencia organizada que, en el caso concreto de la negación del holocausto, es la única que puede afectar de forma eficaz a la paz pública o a la seguridad interior entendida correctamente en un sentido objetivo desprovisto de la perspectiva emotiva de la víctima. Sólo en esos casos la peligrosidad de la conducta por su interrelación con otras (lo que deber ser abarcado dolosamente por al autor como elemento implícito del tipo) permiten explicar la intervención del Derecho Penal y no la del Derecho policial. La conducta adquiere en ese contexto de actuación más amplio un significado distinto. No se trata de que a determinados sujetos se les prive de sus derechos básicos como ciudadanos y, por tanto, se pueda castigar simplemente el contenido de sus expresiones u opiniones por exteriorizar una posición interna incompatible con los valores del ordenamiento jurídico, sino de que una actuación en el marco de la delincuencia organizada puede adquirir un significado distinto al que no conviene cerrar los ojos. Hay que tener en cuenta que en el seno de organizaciones dedicadas a actividades delictivas se puede dar un fenó-

meno de minucioso reparto de funciones y especialización de tareas que conduzcan a una irresponsabilidad penal organizada de muchos de sus miembros. Desde esta perspectiva la reacción adecuada frente a la estrategia organizada ya no es digna de los reparos que presentan los delitos cumulativos ya que en estos casos el sujeto se ha definido como miembro de un colectivo criminal. No parece, pues, que le afecten las críticas que Silva Sánchez ha objetado frente al modelo de responsabilidad cumulativa: «es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*». De hecho este autor ha añadido a la segunda edición de su magnífica monografía sobre la expansión del Derecho Penal un apartado sobre el denominado por Jakobs Derecho Penal del enemigo que, aunque lo entiende como un ámbito que debe ser deseablemente reducido a la mínima expresión, expone cómo «aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable».

No pretendo aquí desarrollar una monografía sobre bases diferentes a la de Wandres sino simplemente poner de manifiesto algunas carencias de su investigación. Mis consideraciones no pretenden más que indicar que se precisa una reflexión más profunda por parte de la Ciencia del Derecho Penal sobre la sugestiva vía que se ha abierto con la descripción funcional de Jakobs, sobre todo en la medida en la que ese Derecho Penal que no merece tal nombre puede afectar a aquellos que no se pueden calificar como enemigos porque este aspecto del ordenamiento punitivo no está dirigido a ellos (como tampoco ciertas normas procesales). Como señala Jakobs, «es tarea aún recién iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos» y, cabría añadir, que todavía no se sabe si puede conducir a algún resultado válido (Dencker, *Strafverteidiger* 88, pp. 262 ss.; Schulz, *ZStW* 112, pp. 659 ss.). Sin embargo, se comparta o no esta descripción funcional de Jakobs que puede ser dotada de un enorme contenido crítico, no cabe duda de que existe en los ordenamientos penales europeos un Derecho Penal específicamente creado para miembros de organizaciones criminales (tráfico ilegal de drogas, tráfico ilegal de inmigrantes, violencia racista y xenófoba, blanqueo de capitales, terrorismo, etc.) y no tenerlo en cuenta en el debate científico no va a hacer que desaparezca. Mucho menos si se acaba legitimando con los criterios asumidos en el ámbito del Derecho Penal nuclear o tradicional.

Es más, crear una dogmática propia de los delitos de criminalidad organizada puede tener incluso beneficiosos efectos político-criminales. Si

se asume la idea de que el tipo básico de ciertos delitos es en realidad una actividad contextualizada en el marco de la actividad de una organización criminal se podrían introducir cláusulas flexibles de bagatelización (mediante reducción o, incluso, exoneración de la pena) basadas en la no pertenencia a una organización. Es decir, en vez de seguir la estrategia político-criminal actual de utilizar la referencia a la organización como agravante se podrían introducir referencias a la no pertenencia en sentido contrario. No se debe olvidar, además, que este tipo de criminalidad está caracterizada entre otros aspectos por su exasperación punitiva. Incluso *de lege data* se puede buscar una aplicación más razonable de las normas existentes, sobre todo teniendo en cuenta que la desmesura de las penas que suele existir en este ámbito punitivo está relacionada con las especiales características del autor. La posición esbozada aquí refuerza, por ejemplo, la posición jurisprudencial que considera que no constituyen un delito de tráfico de drogas supuestos como las calificadas de autoconsumo colectivo o de entrega piadosa de drogas. Incluso posibilita llegar más lejos (considerar atípica toda donación entre personas mayores de edad autorresponsables que no tenga como objetivo «buscar clientela» o abrir mercado). Evidentemente nos encontramos antes un nuevo campo por explotar científicamente y se echa de manos en el trabajo de Wandres una mayor complejidad en el análisis de este tipo de problemas, aunque a lo largo del trabajo se note que lo que en realidad preocupa al autor en última instancia es la propaganda organizada de extrema derecha y que el actual sistema alemán acabe como la República de Weimar, que no supo defenderse eficazmente de sus enemigos internos. Pero con la mera búsqueda de algún tipo de peligrosidad para bienes jurídicos individuales no se resuelven todos los problemas relacionados con los injustos penales, sobre todo de aquellas normas de carácter excepcional que se encuentran con un pie fuera del ámbito de legitimidad del Derecho Penal de un Estado de Derecho.

La nueva coyuntura internacional tras los atentados de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 nos ha demostrado el peligro que puede encerrar una organización criminal para los sistemas democráticos occidentales así como la existencia objetiva de ciertas debilidades en dichos sistemas. Todo ello obliga a llevar a cabo una reflexión sobre qué puede aportar el Derecho Penal a este tipo de problemas sistémicos que no tienen que ver con la delincuencia habitual de corte individual y si es preciso que en esta materia se garantice con penas la seguridad futura del sistema político (en un sentido similar a la propuesta de Stratenwerth, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, ZStW 105, PG 4.^a ed., p. V, con respecto a los riesgos postindustriales).

Se echa también de menos en la doctrina, y en el trabajo de Wandres, un mayor desarrollo de la distinción entre la actividad criminógena que sólo se puede prevenir (dentro de los límites del Estado de Derecho evi-

dentemente) y la creación de riesgos que representan un injusto (afectación de un ámbito de organización ajeno –individual, colectivo o estatal–) que merecen y necesitan ser retribuidos mediante la pena. Ello no plantea sólo problemas en la medida en la que el Derecho Penal se va aproximando a las funciones propias del Derecho de policía (protección del orden público o de la paz pública) sino también en otros ámbitos como el de la criminalidad de empresa, donde se puede observar que el nuevo Derecho Penal de personas jurídicas que fomentan algunos autores no tiene nada que ver con la culpabilidad por la comisión de un injusto penal sino con la lucha contra la empresa como organización (su actitud, filosofía, estrategias, etc.) por su carácter criminógeno para los miembros que la integran.

Sólo me gustaría finalizar insistiendo en algo que ya he dicho en otros lugares (*Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid* núm. 4, 2001). Una democracia que se conciba a sí misma como estable no necesita intervenir con el Derecho Penal frente a apologías difusas por debajo del umbral mínimo correctamente marcado en un principio en el Código Penal de 1995 en la apología del artículo 18. Las expresiones o las ideas, por contrarias que sean a las bases de nuestra convivencia, no deben ser respondidas con una reacción tan brutal como la pena, siempre, claro está, que no formen parte de la organización de algún delito como modalidad de provocación o lesionen directamente derechos ajenos como el honor. Ello es evidente en España con respecto a la negación o justificación del genocidio, que es una norma innecesaria además de inconstitucional como ha señalado un importante sector de la doctrina. En nuestra historia legislativa las apologías autónomamente tipificadas en el Código Penal nunca han resuelto nada y han tenido más bien efectos contraproducentes. En todo caso existen una serie de preceptos desperdigados en los últimos Títulos del Libro II del Código Penal como apologías difusas, vagas o nebulosas (arts. 510, 578, 607.2) que no son más que delitos de clima que deberían estar ubicados y que, en todo caso, deben ser tratados –tanto desde una perspectiva dogmática como crítica– como especiales delitos contra el orden público frente a fenómenos muy particulares. El libro de Wandres representa un acicate en este sentido.

BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ

Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid