

# El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?

**Margarita Roig Torres**

*Universitat de València*

---

ROIG TORRES, MARGARITA. El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-07, pp. 1-31.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-07.pdf>

RESUMEN: En nuestro país se ha abierto el debate sobre la penalización del enaltecimiento del franquismo. Se suele citar el Derecho alemán como modelo donde se castiga el ensalzamiento de un régimen totalitario. Sin embargo, en esta legislación se tipifica el apoyo a la violencia y tiranía nacionalsocialista, cuando perturbe la paz pública y lesione la dignidad de las víctimas (§ 130.4 StGB). Además, el Tribunal Constitucional Federal ha rechazado que el bien jurídico protegido sea la dignidad porque esta cualidad es igual en las víctimas de todas las dictaduras y el precepto solo tutela a las del nazismo. Partiendo de nuestra jurisprudencia constitucional, creo que en la proyectada reforma del Código penal no se debe incorporar esa figura al artículo 510. Me parece correcto el criterio general anunciado por el Gobierno de penalizar solo las conductas más graves que afectan a la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE: Nazismo, Artículo 510 CP, Enaltecimiento, Apología, Franquismo, libertad de expresión, Derecho penal alemán.

TITLE: **The enhancement of the national socialist tyranny in German law. ¿A reference to penalize the exaltation of the franquism?**

ABSTRACT: In our country, the debate on the criminalization of the exaltation of the Franco regime has been opened. German law is often cited as a model where the exaltation of a totalitarian regime is punished. However, this legislation typifies support for National Socialist violence and tyranny, when it disturbs the public peace and damages the dignity of the victims (§ 130.4 StGB). In addition, the Federal Constitutional Court has rejected that the object of protection is dignity because this quality is the same in the victims of all dictatorships and the precept only protects those of Nazism. Based on our constitutional jurisprudence, I believe that the proposed reform of the Criminal Code should not incorporate this figure into Article 510. The general criterion announced by the Government to punish only the most serious conduct that affects freedom of expression seems correct.

KEYWORDS: Nazism, Article 510 Penal Code, Enhancement, Apology, Franco Regime, Freedom of expression, German Criminal Law.

Fecha de recepción: 15 enero 2021

Fecha de publicación en RECPC: 7 junio 2021

Contacto: *Margarita.Roig@uv.es*

---

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. El apoyo de la tiranía nacionalsocialista en el Derecho alemán (§ 130.4 StGB). 2.1. La defensa de ideas totalitarias como ejercicio legítimo de la libertad de expresión. 2.2. Elementos del delito. 2.3. Excepción a la exigencia constitucional de ley general para limitar la libertad de expresión. 2.4. La paz pública como bien jurídico protegido. 2.5. La ofensa a la dignidad de las víctimas. 2.6. El significado simbólico del § 130.4 StGB. 3. Relación entre el modelo alemán y las propuestas de enaltecimiento del franquismo. 3.1. El apoyo a los regímenes totalitarios en la jurisprudencia constitucional. 3.2. Propuestas de penalización de la exaltación del franquismo. 4. Conclusiones. Bibliografía.*

---

## 1. Introducción

El propósito loable de reconocer las injusticias que padecieron las víctimas de la dictadura franquista y de la Guerra Civil española ha llevado a proponer una ampliación de las medidas adoptadas para tratar de paliar los perjuicios que sufrieron. En este sentido, el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso anunciaba que en la proyectada reforma del Código penal se incluirán modificaciones para que “la apología y exaltación del franquismo sean delito”. “En democracia -decía su portavoz- no se homenajea a dictadores ni tiranos”<sup>1</sup>.

En realidad, con anterioridad ya se habían planteado varias Propositiones de Ley en las que se defendía la tipificación del enaltecimiento público del franquismo o de sus crímenes, mediante la modificación de los artículos 510 y 510 bis CP. La primera fue presentada en el año 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista y la segunda en el año 2018 por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

En esos textos se apuntaba al Derecho comparado como base para introducir esos nuevos delitos. En concreto, en el segundo se argumenta que de esta forma se homologa nuestro ordenamiento a los de otros países democráticos de nuestro entorno, al sancionar a aquellos que actualmente siguen justificando o ensalzando el franquismo, el nazismo u otras formas de fascismo, por cuanto son ideologías incompatibles con la democracia, la convivencia entre la propia ciudadanía y entre las naciones.

Pues bien, como es natural se suele apuntar el Derecho alemán como modelo donde se castigan esas conductas<sup>2</sup>, teniendo en cuenta que la lucha en Europa contra el racismo y la discriminación hunde sus raíces en el genocidio nazi y el firme

<sup>1</sup> Diario El País, de 10 de febrero de 2020. (Disponible en: [https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216\\_800783.html](https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html)); y, Diario El Mundo, de 12 de febrero de 2020. (Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2020/02/12/5e431197fdddfce088b4595.html>).

<sup>2</sup> Diario El País, de 10 de febrero de 2020. (Disponible en: [https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216\\_800783.html](https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html)); Diario La Vanguardia, de 12 de febrero de 2020. (Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20200211/473463148873/cada-vez-mas-paises-prohiben-la-apologia-de-las-dictaduras.html>); El Periódico, de 1 de julio de 2017. (Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20170701/saludos-fascistas-tolerados-espana-delito-alemania-italia-6061594>); y, Ok-Diario, de 9 de noviembre de 2019. (Disponible en: <https://okdiario.com/opinion/tambien-esta-muerto-hitler-alemania-delito-enaltecer-nazismo-4793264>).

propósito de impedir una tragedia semejante<sup>3</sup> y que fue Alemania la pionera en castigar las expresiones de apoyo a ese despotismo<sup>4</sup>.

Sin embargo, como se verá, esta idea arraigada de que en esa legislación se sanciona el enaltecimiento del nazismo precisa de matizaciones relevantes. En realidad, en el § 130.4 StGB se incrimina la aprobación, ensalzamiento, o justificación de la violencia y tiranía del nacionalsocialismo, pero para realizar el delito es necesario que se perturbe la paz pública y se lesione la dignidad de las víctimas.

Por otra parte, pese a la dicción de esa norma el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que el bien jurídico protegido no es la dignidad, porque las víctimas de todas las dictaduras merecen igual respeto.

Por eso, me parece de utilidad apuntar algunas notas sobre ese precepto alemán, de cara a esa futura reforma de nuestro Código penal.

No obstante, un año después de aquella declaración del Grupo Socialista sobre su intención de criminalizar la exaltación del franquismo, el Ministerio de Justicia informaba que "planteará una revisión de los delitos relacionados con excesos en el ejercicio de la libertad de expresión para que solo se castiguen conductas que supongan claramente la creación de un riesgo para el orden público o la provocación de algún tipo de conducta violenta, con penas disuasorias, pero no privativas de libertad". Este anuncio se producía tras ordenarse el ingreso en prisión de Pablo Hasél para cumplir la pena de nueve meses y un día impuesta por el Tribunal Supremo, por enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona<sup>5</sup>. Según esa información inicial, la reforma del Código penal en esta materia afectaría a las injurias al Rey y a otras instituciones, a los llamados delitos de odio del artículo 510, a los que atentan contra los sentimientos religiosos y al de enaltecimiento y justificación del terrorismo y de humillación a sus víctimas<sup>6</sup>.

Pero más tarde la portavoz del Gobierno precisaba que esa modificación dirigida a rebajar las condenas por determinados ilícitos relacionados con la libertad de expresión no significa renunciar a otras iniciativas anunciadas por el Ejecutivo, en referencia al delito de enaltecimiento del franquismo<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> De todas formas, la tiranía nacionalsocialista se inscribe en una época de autoritarismo que comenzó incluso antes de la República de Weimar, debido al conservadurismo y el apego a la tradición del pueblo, el "espíritu del pueblo" del que hablaba Savigny y en el que se apoyaron diversos intelectuales que auspiciaron el régimen nazi. AMBOS, 2020b, pp. 17 y ss.

<sup>4</sup> Puede verse un minucioso estudio de la trayectoria de la normativa alemana antirracista en, LANDA GOROSTIZA, 1996, pp. 532 y ss; y, LANDA GOROSTIZA, 2020, pp. 16 y ss.

<sup>5</sup> Pueden consultarse otras resoluciones judiciales relevantes que atañen a la libertad de expresión en, CANCIO MELIA/DIAZ LOPEZ, 2019, pp. 185 y ss.

<sup>6</sup> Diario El País, de 8 de febrero de 2021. (Disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-02-08/el-gobierno-cambiara-la-ley-para-que-casos-como-el-del-rapero-hasel-no-tengan-penas-de-carcel.html>); Diario El Mundo, de 8 de febrero de 2021. (Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2021/02/08/60219b5e21efa076758b4667.html>); Diario Público, de 8 de febrero de 2021. (Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/gobierno-plantea-reforma-delitos-libertad.html>); Diario El Confidencial, de 8 de febrero de 2021. (Disponible en: [https://www.elconfidencial.com/espana/2021-02-08/justicia-delito-libertad-expresion-eliminar-prision\\_2941839/](https://www.elconfidencial.com/espana/2021-02-08/justicia-delito-libertad-expresion-eliminar-prision_2941839/)); y, Diario ABC, de 9 de febrero de 2021. (Disponible en: [https://www.abc.es/espana/abci-justicia-revisara-delitos-sobre-libertad-expresion-y-eliminar-penas-prision-202102082124\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-justicia-revisara-delitos-sobre-libertad-expresion-y-eliminar-penas-prision-202102082124_noticia.html)).

<sup>7</sup> Europa Press, de 9 de febrero de 2021. (Disponible en: <https://www.publico.es/politica/apologia-franquismo-gobierno-seguira-adelante-delito-apologia-franquismo-pese-despenalizar-libertad-expresion.html>);

Pues bien, el planteamiento inicial de despenalizar las conductas de menor gravedad me parece impecable, en cuanto hace efectivo el principio de *ultima ratio* de nuestro Derecho penal, abandonando la tendencia punitiva que ha lastrado la política criminal en las últimas décadas<sup>8</sup>. Además, algunos cambios son imprescindibles para acomodar dicha normativa a la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional.

Respecto al tipo agravado de injurias a la Corona del artículo 490.3 CP, la Corte europea ha sancionado reiteradamente a España por vulnerar la libertad de expresión de los condenados en virtud de ese precepto. En el caso Otegi Mondragon c. España, de 15 de marzo de 2011<sup>9</sup>, declaró que la tutela privilegiada que esa norma otorga al honor del Jefe del Estado respecto a otras personas e instituciones, no se ajusta al espíritu del CEDH. Esta postura la mantuvo también en el caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018<sup>10</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha atribuido un contenido muy amplio a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político. En este campo ha señalado que abarca, incluso, las opiniones que ataquen al propio sistema democrático<sup>11</sup>.

Desde esta perspectiva, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional el castigo de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio, al no afectar a ningún bien jurídico merecedor de tutela. Y respecto a la difusión de aquellas que justifiquen el genocidio precisó una provocación indirecta a cometerlo o, al menos, la creación de un clima de violencia u hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación.

Además, ha aplicado esta doctrina al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP, requiriendo una incitación a estos ilícitos o a la violencia.

Esta jurisprudencia impide penalizar las puras manifestaciones de apoyo a regímenes autoritarios, e incluso a los crímenes que cometieron, quedando incluidas en el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1. CE. No hay que olvidar que la apología requiere la incitación directa a cometer un delito, según el artículo 18 CP y, como he anticipado, los tipos específicos han sido interpretados de modo restrictivo por el Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

y, Diario Público, de 9 de febrero de 2021. (Disponible en: <https://www.publico.es/politica/apologia-franquismo-gobierno-seguira-adelante-delito-apologia-franquismo-pese-despenalizar-libertad-expresion.html>).

<sup>8</sup> Como dice LASCURAÍN SÁNCHEZ, hemos ido perdiendo el principio *in dubio pro libertate*. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2017, p. 7. Acerca de la progresiva restricción de la libertad de expresión experimentada en los últimos años, COMAS D'ARGEMIR, 2018, pp. 11 y ss. Esa limitación se hace patente especialmente en las conductas cometidas a través de internet. Twitter es el canal por excelencia de comisión de los delitos que afectan a este derecho. MIRÓ LLINARES, 2011, pp. 2 y ss; y, MIRÓ LLINARES, 2017, pp. 21 y ss. Puede verse un estudio muy interesante sobre el contraste entre el nuevo modelo de política criminal marcado por el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana y el modelo tradicional garantista en, DÍEZ RIPOLLES, 2017, pp. 1 y ss.

<sup>9</sup> «STEDH Caso Otegi Mondragon c. España, de 15 de marzo de 2011. (ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD000203407)». (Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104449>).

<sup>10</sup> «STEDH Caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018. (ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815)». (Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-182461>).

<sup>11</sup> «STC 176/1995, de 11 de diciembre (FJ.5). (ECLI:ES:TC:1995:176)».

<sup>12</sup> Como decía Vives Antón al tratar de la apología, “definida solo como ensalzamiento del delito o

Por lo tanto, no cabe prever como delito la mera exaltación o apología de la dictadura franquista o de sus líderes. Actos cada vez más frecuentes en nuestro país, a raíz de la escalada de la extrema derecha, como el alzamiento del brazo característico del saludo fascista, proclamas como “Heil Hitler” o “Viva franco”, o la exhibición de imágenes del dictador, suelen presidir las concentraciones de las personas afines a esa ideología. Pese a ello, estos hechos no pueden dar lugar a la intervención penal.

No obstante, cabría plantearse su tipificación cuando favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, como preveían las Proposiciones de Ley apuntadas. Pero, como se verá, el encaje de estas formulaciones en los artículos 510 y 510 bis CP resulta problemática.

Creo que el criterio meritorio adoptado por el Ejecutivo en lo que atañe a la reforma de los ilícitos relativos a la libertad de expresión debe aplicarse también a estos preceptos y no tipificar el enaltecimiento del franquismo<sup>13</sup>.

A continuación, me referiré, pues, al Derecho alemán, con el fin de obtener elementos de juicio para valorar la introducción de un delito que sancione la exaltación de esa dictadura y, en su caso, de los elementos que podrían legitimarlo.

## 2. El apoyo de la tiranía nacionalsocialista en el Derecho alemán (§ 130.4 StGB)

### 2.1. *La defensa de ideas totalitarias como ejercicio legítimo de la libertad de expresión*

El Tribunal Constitucional Federal atribuye a la libertad de expresión tutelada en el Art. 5.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania<sup>14</sup> una posición superior sobre los demás derechos fundamentales, en la medida en que posibilita la permanente discusión ideológica y el contraste de opiniones, elemento esencial del sistema democrático y libre<sup>15</sup>. Es más, señala que, en cierta forma, constituye el

enaltecimiento de su autor, es decir, como discurso político, no podría ser castigada en un régimen liberal de expresión, por lo que se añade la exigencia de una incitación directa a cometer un delito”. VIVES, 2019, p. 109. En este mismo sentido, señalaban Cobo del Rosal y Vives Antón que “la apología (defensa del delito o de sus autores) no es, en cuanto puede interesar al Derecho penal, sino una forma de provocación, pues, o incita al delito, o es una simple manifestación de discrepancia, cuya incriminación sería inconstitucional”. COBO/VIVES, 1999, p. 725, cita. 59.

<sup>13</sup> Esta norma no debe utilizarse para perseguir el pensamiento político disidente. PORTILLA CONTRERAS, 2017, pp. 87 y ss.

<sup>14</sup> «Grundgesetz für des Bundesrepublik Deutschland», de 23 de mayo de 1949, modificada por los artículos 1 y 2 de la Ley de 29 de septiembre de 2020. (Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>). Esta reforma constitucional no afectó a los tipos que aquí comento. Ampliamente, JARASS/PIEROTH, 2020, pp. 5 y ss.

<sup>15</sup> La jurisprudencia tradicional alemana se inspiró en la doctrina estadounidense, basada en la tesis liberal de Stuart Mill, que atribuye a la libertad de expresión garantizada en la Primera Enmienda de la Constitución una posición preeminente sobre los demás derechos fundamentales, en tanto garantiza la constante polémica intelectual, el choque de opiniones, que es el elemento vital del orden estatal libre democrático. Por eso, en cierto sentido es la base de la libertad general. En este sentido, son emblemáticas las siguientes sentencias del Tribunal Supremo norteamericano: *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). (Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/BRANDENBURG-v-OHIO,395-U.S.pdf>); *Cohen v. California*, 403, U.S. 15, 20 (1971). (Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/case.html>); y, *R.A.V. v. City of St. Paul* 112 S. Ct. 2538 (1992). (Disponible

fundamento de las demás libertades<sup>16</sup>. Pese a ello, destaca que la dignidad proclamada en el Art. 1 de la Ley Fundamental está por encima de todos los derechos fundamentales y no puede ponderarse con ellos<sup>17</sup>.

Pues bien, dentro de ese margen amplio que otorga a la libertad de expresión cabe la defensa y la difusión de ideas dictatoriales, e incluso favorables al nacionalsocialismo.

“El Art. 5.1 de la Ley Fundamental también protege las opiniones que apuntan a un cambio esencial en el orden político, independientemente de si y hasta qué punto pueden ser aplicadas en el marco del orden constitucional. La Ley Fundamental se basa en el poder del debate libre como el arma más efectiva contra la proliferación de ideologías totalitarias e inhumanas. En consecuencia, incluso la difusión de la ideología nacionalsocialista como un desafío radical al orden existente queda amparada bajo la protección del Art. 5.1. Para oponerse a los peligros apuntados, la Ley Fundamental confía en el compromiso cívico del discurso político libre, así como en la educación del Estado en las escuelas de acuerdo con el Art. 7 de la Ley Fundamental”<sup>18</sup>.

Así pues, las opiniones contrarias al régimen político establecido quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión del Art. 5.1 de la Ley Fundamental.

El Tribunal matiza que eso no significa que se puedan aplicar en el marco del orden constitucional. Esto se debe a que en Alemania rige un modelo de "democracia militante"<sup>19</sup> (*streitbare Demokratie*, o *wehrhaften Demokratie*), donde con el objetivo de impedir que las normas constitucionales se utilicen para acabar con el sistema democrático, hay valores que se imponen y no pueden ser objeto de reforma constitucional. En particular, se defiende la forma de Estado federal democrático y social que establece el Art. 20.1 de la Ley Fundamental<sup>20</sup>. Precisamente, esta norma fue

en: <http://law2.umkc.edu/faculty/PROJECTS/FTRIALS/conlaw/rav.html>). Sobre esa influencia en Alemania de la doctrina norteamericana, ENDERS, 2008, pp. 1093 y ss.

<sup>16</sup> “La Constitución no pretende ser un sistema de valores neutral (...) sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden objetivo de valores (...) La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad forman el núcleo esencial de este sistema de valores, que, a su vez, constituye una decisión jurídico-constitucional básica, válida para todas las áreas del Derecho (...) aporta directrices al poder legislativo, a la administración y al poder judicial”. “El derecho fundamental a la libertad de expresión es (...) uno de los derechos superiores (...) posibilitar la permanente discusión ideológica y el contraste de opiniones es un elemento vital del orden estatal democrático y libre (...) En cierta forma, constituye el fundamento de toda libertad”. “Los juicios de valor, que tienen por objeto causar un efecto espiritual y que principalmente, buscan convencer a otros, se encuentran protegidos por el Art. 5, apartado 1 de la Ley Fundamental”. “La expresión de una opinión (...) es en este sentido libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico legalmente protegido de un tercero, cuya tutela prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa ofensa (...) Es necesaria, por tanto, una «ponderación de los bienes jurídicos». El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero que puedan resultar vulnerados con el ejercicio de la libertad de expresión”. «(BVerfG, 15.01.1958 - 1 BvR 400/51). (ECLI:DE:BVerfG:1951:rs19580115.1bvr040051)».

<sup>17</sup> «(BVerfG 1 BvR 1753/03). (ECLI:DE:BVerfG:2008:rk20080325.1bvr175303)»; y, «(BVerfG 1 BvR 2150/08). (ECLI:DE:BVerfG:2009:rs20091104.1bvr215008)». En la doctrina, KOMMERS, 1997, pp. 298 y ss.

<sup>18</sup> «(BVerfG 1 BvR 2150/08). (ECLI:DE:BVerfG:2009:rs20091104.1bvr215008)».

<sup>19</sup> CAMARERO GONZÁLEZ, 2018, p. 2794; y, ROSENFELD, 2001, p. 40.

<sup>20</sup> Sobre las normas de la Ley Fundamental que recogen este modelo, BILBAO UBILLOS, 2008, pp. 19 y ss; JASCHKE, 2004, pp. 109 y ss; y, SWISTEK, 2001, pp. 1 y ss.

promulgada en 1949, poco después del Holocausto y su principal finalidad era impedir que pudieran repetirse atrocidades semejantes<sup>21</sup>.

Ahora bien, si las expresiones van más allá de tales opiniones y perjudican un bien jurídico legalmente protegido, entonces sí es necesario realizar una ponderación para determinar cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto<sup>22</sup>.

El Tribunal Constitucional Federal ha precisado que en ese balance se tutela la libertad de expresión, aunque las declaraciones sean polémicas o molestas. En cambio, si atentan contra la dignidad humana, o son insultos o abusos formales, pasa a un segundo plano frente a la protección del honor, sin necesidad de consideración individual<sup>23</sup>. Sobre este punto ha precisado que solo existe abuso si el argumento no se enfoca al asunto, sino a la difamación de la persona<sup>24</sup>.

De otra parte, el Tribunal distingue entre las opiniones y la narración de hechos. En este caso mantiene una posición más estricta y excluye de la libertad de expresión las declaraciones falsas sobre sucesos históricos acreditados y, en particular, la negación del Holocausto, puesto que no contribuyen a la formación de la opinión garantizada constitucionalmente<sup>25</sup>. En este punto, como se verá, sí discrepa de la postura mantenida por nuestro Tribunal Constitucional.

Pues bien, las opiniones tipificadas en el § 130.4 StGB se consideran tan graves que merecen una sanción penal. Pero la punición no se basa en el apoyo al nacionalsocialismo, ni siquiera a la violencia y tiranía que este régimen ejerció, sino en la perturbación de la paz pública.

<sup>21</sup> STRATENWERTH, 2007, pp. 366 y 367.

<sup>22</sup> Como señala ALEXY existe una relación necesaria entre los derechos fundamentales y el análisis de la proporcionalidad. La ponderación es la forma específica de optimización de los principios, como mandatos de optimización, que exigen que algo sea realizado, en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Entendidos en este sentido, existe una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad, conformado por los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Según la tesis de la necesidad, existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, que depende de la propia naturaleza de los derechos fundamentales y no de su interpretación a partir de su configuración en el Derecho positivo. ALEXY, 2011, pp. 11 y ss.

<sup>23</sup> «El Art. 5, apartado 1, cláusula 1 de la Ley Fundamental otorga a toda persona el derecho a expresar y difundir libremente su opinión en palabras, escritos e imágenes. En particular, los juicios de valor, es decir, las declaraciones identificadas por un elemento de la declaración, están constitucionalmente protegidas. Esto se aplica independientemente del contenido posiblemente despectivo de una declaración. El hecho de que una declaración sea polémica u ofensiva no la aparta del ámbito de protección del derecho fundamental (...) Según el Art. 5, apartado 2 de la Ley Fundamental, el derecho fundamental a la libertad de expresión encuentra sus límites en las disposiciones de las leyes generales y en el derecho al honor personal (...) El derecho básico a la libertad de expresión como requisito previo para una condena penal en virtud del § 185 StGB normalmente requiere una ponderación de los actos que amenazan el honor personal por un lado y la libertad de expresión por el otro (...) Excepcionalmente, en el caso de comentarios despectivos que atenten contra la dignidad humana de otro o se presenten como insultos o abusos formales, la libertad de expresión pasa a un segundo plano frente a la protección del honor, sin necesidad de consideración individual». (BVerfG, 19.08.2020 - 1 BvR 2249/19). (ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20200819.1bvr224919).

<sup>24</sup> «(BVerfG 1 BvR 2727/19). (ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20201102.1bvr272719)».

<sup>25</sup> «(BVerfG 1 BvR 461/08). (ECLI:DE:BVerfG:2011:rk20111109.1bvr046108)»; y, «(BVerfG 1 BvR 673/18). (ECLI:DE:BVerfG:2018:rk20180622.1bvr067318)».

## 2.2. Elementos del delito

Dentro de la Sección 7 del Título 4 de la Parte Especial del StGB, dedicada a los "Delitos contra el orden público", se ubica el § 130, titulado "Incitación del pueblo" (Volksverhetzung)<sup>26</sup>. En su apartado 4, castiga con pena de prisión de hasta tres años o con multa, a "quien públicamente o en una reunión perturbe la paz pública de una manera a través de la cual lesione la dignidad de las víctimas, al aprobar, enaltecer o justificar la violencia y tiranía del régimen nacionalsocialista".

Por lo tanto, esta norma requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- que se apruebe, enaltezca o justifique la violencia y tiranía del régimen nacionalsocialista,

- que esas expresiones se hagan en público o en una reunión,

- que perturben la paz pública, y,

- que lesionen la dignidad de las víctimas.

Respecto al primero, como se deduce del tenor literal, no basta aprobar, enaltecer o justificar el gobierno nacionalsocialista, sino la regla de violencia y tiranía que ejerció<sup>27</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que la declaración se refiera a hechos específicos, sino que basta apoyar en general esa política de despotismo, caracterizada por la violación de los derechos humanos.

Por otra parte, la aprobación no ha de ser siempre directa e incondicional, sino que es suficiente calificar los crímenes del nazismo como inevitables. Tampoco es necesario que sea expresa, sino que puede consistir en una acción que la lleve implícita, o en un juicio de valor favorable a una persona declarada responsable de esa dominación<sup>28</sup>.

El enaltecimiento es un escalón más y supone alabar, ensalzar, engrandecer, presentando el dominio nacionalsocialista como algo heroico<sup>29</sup>. Pero también puede efectuarse alabando o ensalzando a un dirigente o una figura simbólica del nacionalsocialismo, como Hitler o Rudolf Heß<sup>30</sup>.

La jurisprudencia argumenta que las conductas referidas a esos líderes conllevan "implícitamente una valoración positiva de las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el régimen nazi"<sup>31</sup>.

Finalmente, la justificación requiere una defensa de dicha dureza, pero igualmente es suficiente mostrarla como necesaria o inevitable<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Este artículo fue modificado por la Ley de 28 de octubre de 1994 (*Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze - VerbrBekG*), sustituyendo el anterior delito del § 130 StGB de "Provocación a la lucha de clases" (Anreizung zum Klassenkampf), por el de "Incitación del pueblo" (Volksverhetzung), con motivo de la ola de actos de violencia y agitación de la extrema derecha. STEGBAUER, 2004, p. 281.

<sup>27</sup> OSTENDORF, 2017, p. 796.

<sup>28</sup> FISCHER, 2012, p. 960; GARRO CARRERA, 2018, pp. 70 y 71; y, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, pp. 1561 y 1562.

<sup>29</sup> GARRO CARRERA, 2018, p. 71.

<sup>30</sup> FISCHER, 2012, p. 960; GARRO CARRERA, 2018, pp. 70 y 71; OSTENDORF, 2017, p. 796; y, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, pp. 1561 y 1562.

<sup>31</sup> «(BVerfG 1 BvR 2150/08). (ECLI:DE:BVerfG:2009:rs20091104.1bvr215008)».

<sup>32</sup> FISCHER, 2012, p. 960; y, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, p. 1562.

De manera que esta conducta se solapa con la primera cuando no hay una expresión directa de aprobación o justificación, sino que se excusan las vulneraciones de derechos producidas durante el Tercer Reich.

En segundo lugar, esta norma exige que esas expresiones se hagan en público o en una reunión, de manera que pueden efectuarse en un lugar privado, pero siempre requieren publicidad. Esto significa que ha de concurrir un grupo de personas, sin relación familiar ni de amistad entre ellas y en número no inferior a diez, a menos que se cree un público mayor a través del uso de medios de comunicación<sup>33</sup>.

En tercer lugar, la conducta ha de perturbar la paz pública, constituyendo, según el tenor literal y la voluntad del legislador, un delito de resultado (Erfolgsdelikt)<sup>34</sup>.

De todas formas, como se verá, el Tribunal Constitucional Federal ha estimado que cabe presumir que las conductas descritas en el tipo, en principio, son idóneas para perturbar la paz pública, lo que plantea problemas prácticos para decidir en cada caso si el hecho encierra o no esa aptitud<sup>35</sup>. Se consideran indicios de esa perturbación, por ejemplo, las manifestaciones de indignación publicadas en los medios de comunicación y la existencia de contramanifestaciones<sup>36</sup>.

Por último, la perturbación de la paz pública ha de hacerse de forma que lesione la dignidad de las víctimas, en las que se suele incluir tanto a quienes sobrevivieron a los crímenes nazis, como a los parientes de las personas asesinadas<sup>37</sup>.

En realidad, este aspecto tiene poca trascendencia pues cabe anticipar que, tanto el Tribunal Constitucional Federal como la doctrina mayoritaria entienden que el bien jurídico protegido no es la dignidad de las víctimas, sino la paz pública. De todas formas, como diré, desde el momento en que el tipo precisa la lesión de la dignidad me parece evidente que este valor se quiere tutelar.

Junto a esos elementos, en el aspecto subjetivo se precisa dolo directo, que comprende una acción dirigida intencionalmente a una parte de la población<sup>38</sup>.

En todo caso, de acuerdo con el § 130.7 StGB, se excluye el delito cuando las conductas sirven para la defensa de la Constitución, del arte o de la ciencia, para la investigación o la enseñanza, para informar sobre los acontecimientos de la actualidad o de la historia o tienen propósitos similares<sup>39</sup>.

Pues bien, de esta regulación hay que destacar que el delito no consiste en aprobar, ensalzar o justificar la actuación nacionalsocialista, sino en perturbar la paz pública a través de tales expresiones. De hecho, se regula entre los delitos contra el orden público.

<sup>33</sup> OSTENDORF, 2017, p. 795.

<sup>34</sup> FISCHER, 2012, pp. 949 y 960; KÜHL, 2011, p. 694; OSTENDORF, 2017, p. 797; y, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, p. 1562.

<sup>35</sup> STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, p. 1562. En este sentido, dice FISCHER que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo que hacen es limitarse a llamar perturbación a los peligros identificados hasta ahora usando las fórmulas tradicionales. FISCHER, 2012, p. 954.

<sup>36</sup> OSTENDORF, 2017, p. 797.

<sup>37</sup> ENDERS/LANGE, 2006, p. 109; y, OSTENDORF, 2017, p. 786.

<sup>38</sup> OSTENDORF, 2017, p. 798.

<sup>39</sup> El apartado 7 del § 130 StGB declara aplicable al apartado 4 lo dispuesto en el apartado 3 del § 86 StGB, que castiga “La difusión de propaganda de organizaciones inconstitucionales”, donde se excluye el delito por esas causas. Extensamente sobre esta norma, GARRO CARRERA, 2018, pp. 74 y ss.

### 2.3. *Excepción a la exigencia constitucional de ley general para limitar la libertad de expresión*

El apartado 2 del Art. 5 de la Ley Fundamental establece que los derechos a la libertad de expresión e información del apartado 1, “encuentran sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las normas legales adoptadas para la protección de los jóvenes y en el derecho del honor personal”<sup>40</sup>.

El primer límite al derecho a la libertad de expresión es lo previsto en una ley general, o, en otros términos, no cabe restringirlo en virtud de una ley especial. Pero, ¿qué se entiende por “ley general”?

Sobre este concepto ya se pronunció el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de 15 de enero de 1958 (caso Lüth). En ella, afirmó que son generales “las leyes que no prohíben una opinión como tal (...), sino que están al servicio de la protección de un valor comunitario que tiene prioridad sobre la libertad de expresión, independientemente de una opinión particular”.

Añade que lo que se protege no es la opinión en sí, sino también el efecto espiritual que produce en los demás, pues precisamente el juicio de valor se dirige a convencer a otros y carece de sentido establecer una separación entre el enunciado (protegido) y el efecto del mismo (desprotegido). Así pues, si a través de esa opinión se lesiona un bien jurídico de un tercero que prevalece sobre la libertad de expresión, la ofensa no está permitida por el hecho de que se lleve a cabo a través de una opinión.

Por lo tanto, una ley es general cuando salvaguarda un bien jurídico objetivo y no prohíbe una opinión en particular<sup>41</sup>.

No obstante, esta resolución se refería a un asunto civil<sup>42</sup>, aunque abordó el contenido de la libertad de expresión y el sentido de ley general necesaria para limitarla<sup>43</sup>.

En cambio, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2009 (caso Wunsiedel)<sup>44</sup>, definió el concepto de ley general, precisamente al analizar la constitucionalidad del § 130, apartado 4 StGB.

<sup>40</sup> Se entiende que el desarrollo intelectual y moral de los jóvenes debe protegerse de influencias perniciosas, e, igualmente, debe impedirse que el honor personal, tradicionalmente reconocido en la sociedad civil, sea despreciado. La protección efectiva de estos bienes solo puede lograrse a través de prohibiciones específicas de la influencia intelectual, es decir, mediante derechos especiales frente a la libertad de expresión. La Ley Fundamental reconoce esta necesidad, liberando al legislador del requisito de generalidad en su regulación. ENDERS, 2008 p. 1094.

<sup>41</sup> De esta forma, la generalidad de la ley está determinada por la naturaleza de los bienes protegidos. ENDERS, 2008, pp. 1094 y 1095; y, HONG, 2010, p. 115.

<sup>42</sup> Erich Lüth, presidente del club de prensa de Hamburgo, solicitó a los distribuidores de películas y a los dueños de los teatros alemanes que no vendieran ni emitieran la de un director que antes había producido otra de carácter antisemita. Un Tribunal civil de Hamburgo le prohibió esa actuación, así como incitar al público a no ver dicha película, amenazándole con la imposición de una pena de prisión o multa que se resolvería en el orden penal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal anuló el fallo, al considerar prevalente la libertad de expresión sobre los intereses privados afectados.

<sup>43</sup> De hecho, esta sentencia ha sido considerada una de las más importantes en materia de derechos fundamentales, puesto que en ella el Tribunal Constitucional Federal configuró el derecho a la libertad de expresión, su prioridad legal en cuanto a otros derechos, y estableció el “sistema objetivo de valores” aplicable a todas las áreas del Derecho. LUDWIGS/ZENTGRAF/AXMANN, 2020, p. 9.

<sup>44</sup> «(BVerfG 1 BvR 2150/08). (ECLI:DE:BVerfG:2009:rs20091104.1bvr215008)».

En este supuesto, el denunciante alegaba que esta norma no es general sino especial y que, por consiguiente, no cumple la exigencia del Art. 5, apartado 2, de la Ley Fundamental, para restringir el derecho a la libertad de expresión del apartado 1<sup>45</sup>. Argumentaba que el precepto penal únicamente tutela a las víctimas de la violencia y despotismo del nacionalsocialismo y no de otros sistemas totalitarios. Además, desde el punto de vista de la dignidad humana unas víctimas no son menos importantes que otras. Por lo tanto, para ser general debería tipificar las mismas expresiones respecto a la violencia y arbitrariedad ejercida por otras dictaduras, especialmente las comunistas.

El Tribunal Constitucional corrobora esos argumentos:

“El § 130.4 StGB no es una ley general en el sentido del Art. 5.2 de la Ley Fundamental. De acuerdo con esta norma, la libertad de expresión encuentra sus límites en las disposiciones de las leyes generales. Con esta expresión se entienden las leyes que no prohíben una opinión como tal, sino que sirven a la protección de un bien jurídico que debe tutelarse sin tener en cuenta una determinada opinión (...) Falta la generalidad de una ley cuando (...) se dirige únicamente contra ciertas creencias, actitudes o ideologías. La universalidad de la ley garantiza así una prohibición específica y estricta de la discriminación contra determinadas opiniones de conformidad con la prohibición de la discriminación o la preferencia por opiniones políticas (Art. 3.3 de la Ley Fundamental) por ser una injerencia en la libertad de expresión”<sup>46</sup>.

En consecuencia, declara que el § 130.4 StGB, como norma especial, no puede basarse en el Art. 5.2, alternativa 1 de la Ley Fundamental, que permite limitar la libertad de expresión por una ley general.

Pero, además, mantiene que tampoco puede fundarse en la alternativa 3, que prevé la restricción de ese derecho para proteger el honor, puesto que, como aduce el demandante, las víctimas de todos los sistemas autoritarios son iguales en dignidad.

De ahí que no apunte como bien jurídico protegido la dignidad, aunque el tipo requiere su lesión<sup>47</sup>, sino la paz pública.

Pese a ello, confirma la constitucionalidad de dicho precepto, por las excepcionales circunstancias históricas:

“Es cierto que el Derecho penal no es una ley general en el sentido del Art. 5.2 alternativa 1 de la Ley Fundamental. Como un Derecho especial, no puede tampoco restringir el derecho al honor personal en virtud del Art. 5.2 alternativa 3 de esa Ley. Sin embargo, con respecto al régimen nacionalsocialista existente

<sup>45</sup> El demandante recurrió ante el Tribunal Constitucional Federal una sentencia del Tribunal Administrativo Federal que confirmó la prohibición de una manifestación, convocada en la ciudad de Wunsiedel en memoria de Rudolf Heß, bajo el lema "Su honor era más importante para él que la libertad". Esta resolución se basó en el artículo 15 (1) de la Ley de Reunión, que permite prohibirlas cuando exista riesgo para la seguridad pública, especialmente por la comisión de delitos, en relación con § 130.4 StGB. El demandante impugnó tanto la constitucionalidad de esta norma como su aplicación al caso concreto.

<sup>46</sup> Desde el «caso Lüth» se ha deliberado sobre el significado de ley general y en esta sentencia se pone de relieve que supone la prohibición de seleccionar a individuos de ciertas posiciones y discriminar a otros. HONG, 2010, p. 115.

<sup>47</sup> Sobre este límite a la libertad de expresión, POSCHER, 2005, p. 1317.

durante 1933 a 1945, el Art. 5.1 y 2, también permite intervenciones a través de normas que no cumplan con los requisitos de una ley general. Dada la gran injusticia y el terror que este régimen impuso, bajo la responsabilidad alemana, en Europa y gran parte del mundo, es fundamental atender al pasado y dar valor a ese tipo de declaraciones, lo que avala que esta norma pueda tener tales efectos, aunque no tenga carácter generalizable”<sup>48</sup>.

En consecuencia, mantiene una norma penal que no se adecúa a la Ley Fundamental por la singular trascendencia que atribuye a la República Federal de Alemania como forma de gobierno alternativa al execrable totalitarismo nacionalsocialista. En este sentido, entiende que las expresiones sancionadas afectan a la identidad misma del actual sistema político democrático y, por lo tanto, su punición debe considerarse constitucional, pese a no cumplir la regla prevista en el Art. 5.2 de la Ley Fundamental<sup>49</sup>.

Por lo tanto, de esta resolución se deduce que para el Tribunal dichas declaraciones no son meras opiniones contrarias a la forma de Estado actual, sino que menoscaban este sistema, establecido en el Art. 20.1 de la Ley Fundamental. En consecuencia, el § 130.4 StGB se dirige a preservar el Estado federal democrático y social que establece. De manera que está amparada por la Ley Fundamental, no por el Art. 5.2, pero sí por el Art. 20.1.

Esta postura fue reiterada por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de 7 de julio de 2020. Recuerda que en la resolución anterior declaró que el § 130.4 StGB es adecuado a la Ley Fundamental, aunque solo castiga el ensalzamiento de la tiranía del nazismo y no el de los regímenes violentos en general, a la vista de la historia alemana. De esta forma reconoce una excepción al Art. 5.2 de la Ley Fundamental que, para limitar la libertad de expresión, precisa el requisito formal de una ley basada en criterios generales, es decir, no formulada en relación con una opinión específica.

Por consiguiente, se da primacía a un precepto penal sobre lo dispuesto expresamente en la Ley Fundamental, pese a que esta norma se elaboró para garantizar el orden democrático. Precisamente por eso, la dignidad humana se proclama en su Art. 1 como valor supremo. Desde esta perspectiva resulta incongruente que el Tribunal Constitucional Federal avale el § 130.4 StGB, que en realidad protege la dignidad de las víctimas de cierto absolutismo, pues solo tipifica las conductas que la lesionan,

<sup>48</sup> “En vista de la injusticia general y los horrores producidos por el régimen nacionalsocialista sobre Europa y gran parte del mundo, y la aparición de la República Federal de Alemania como una alternativa a ello, el Art. 5.1 de la Ley Fundamental se aplica a aquellas disposiciones que sancionan la aprobación del régimen nacionalsocialista que reinó entre 1933 y 1945 (...) Son una excepción a la prohibición del Derecho especial para las leyes relacionadas con la opinión”. “La exigencia de leyes restrictivas de la opinión pública general, con arreglo a las cuales el Art. 5.2 de la Ley Fundamental obliga al legislador a garantizar la protección de los intereses legales de las expresiones de opinión independientemente de ciertas creencias, actitudes e ideologías, puede afectar la identidad de la República Federal de Alemania. En consecuencia, el § 130.4 StGB no es inconstitucional porque es una disposición especial cuyo único propósito es combatir la valoración de la violencia y arbitrariedad del régimen nacionalsocialista”.

<sup>49</sup> Se muestra favorable a esta decisión, enfatizando el carácter excepcional de su razonamiento, DEGENHART, 2010, p. 306.

sin respetar lo dispuesto en el Art. 5.2 de la Ley Fundamental<sup>50</sup>. Para hacer efectivo el Art. 1 debería tutelar la dignidad de quienes han sufrido cualquier tiranía. Así se cumplirían los Arts. 1, 5.2 y 20.1 de la Ley Fundamental.

#### 2.4. *La paz pública como bien jurídico protegido*

El § 130.4 StGB requiere que las expresiones típicas perturben la paz pública. En un principio este elemento recibió críticas en el seno de la doctrina, especialmente por entender que era un concepto demasiado ambiguo para limitar la libertad de expresión<sup>51</sup>.

En los delitos contra la paz pública se ha interpretado esta expresión (öffentliche Friede) como un estado de seguridad jurídica general<sup>52</sup>, junto a la conciencia de los ciudadanos de estar protegidos en sus intereses legítimos garantizados por el ordenamiento, con el consiguiente efecto tranquilizador<sup>53</sup>.

En el marco del § 130.4 StGB, se precisa que es necesaria la creación de un potencial de violencia, abierta o latente, que no permite la vida en común sin tener miedo a que se lesione la integridad física, la vida o las propiedades, lo que hace que el grupo atacado vea convulsionada su confianza en la seguridad jurídica<sup>54</sup>.

No obstante, esta concepción ha sido censurada por algunos autores en la medida en que supone proteger sentimientos<sup>55</sup>. Lo cierto es que en Alemania cada vez hay más reticencias a emplear el Derecho penal con ese objetivo. Una clara muestra es la propuesta de despenalizar la conducta prevista en el § 130.1 StGB, consistente en incitar al odio contra un grupo racial, religioso o étnico, o contra sus miembros<sup>56</sup>.

Pues bien, el Tribunal Constitucional Federal no solo ha avalado el apartado 4 del § 130 StGB, sino que ha proclamado la paz pública como bien jurídico protegido.

De igual modo, esta es la postura mantenida por la doctrina mayoritaria. Tradicionalmente se debatió sobre si el objeto de tutela era la dignidad humana o la paz pública, e incluso un sector entendió que se amparaban por igual los dos valores. Sin embargo, actualmente se pone el acento en la convivencia pacífica, aunque se suele

<sup>50</sup> En este sentido, señalan ENDERS y LANGE que, independientemente de la constitucionalidad de la norma, el Estado está haciendo un flaco favor a la buena causa al afrontar el problema: expresar la voluntad general de no aceptar la agitación pública y eficaz en los medios de comunicación de los eternos radicales de derecha. Sin embargo, reaccionar con prohibiciones a críticas a los fundamentos ideales del Estado y la sociedad no fortalece el compromiso constitucional con la libertad, la igualdad y la justicia social. ENDERS/LANGE, 2006, p. 112.

<sup>51</sup> ENDERS, 2008, p. 1097; HÖRNLE, 2007, p. 386; y, KÜHL, 2011, p. 694.

<sup>52</sup> La cuestión, como dice AMBOS, es que esa sensación de inseguridad solo se produce a partir de un cierto número de delitos en sí mismos graves. Ampliamente, AMBOS, 2020c, pp. 2 y ss.

<sup>53</sup> HEFENDEHL, 2007, p. 186. En parecidos términos, se ha definido como un estado de convivencia en armonía y libre de tensiones en conexión con una actitud de confianza subjetiva de las personas en la continuidad de este estado. ENDERS/LANGE, 2006, p. 107.

<sup>54</sup> STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, p. 1552.

<sup>55</sup> Decían ENDERS y LANGE que, en realidad, al usar la expresión “paz pública” el legislador tenía en mente una especie de automatismo: el ensalzamiento, justificación o aprobación de la violencia y tiranía del régimen nazi sacude “el sentimiento de la población, especialmente los descendientes de las víctimas, de poder vivir en paz”. De manera que, el concepto de “paz pública” era casi una fórmula vacía. ENDERS/LANGE, 2006, p. 108. En tono crítico, también, HÖRNLE, 2007, pp. 386 y 387.

<sup>56</sup> MITSCH, 2018, pp. 198 y ss.

matizar que indirectamente se tutela la dignidad, puesto que se trata de declaraciones ofensivas y el tipo requiere que resulte lesionada<sup>57</sup>.

En efecto, en este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Federal en la citada sentencia de 4 de noviembre de 2009 (caso Wunsiedel).

Dice el Tribunal que el § 130.4 StGB sirve para tutelar la paz pública. Este es un objetivo legítimo, que puede justificar la interferencia en la libertad de expresión del Art. 5.1 de la Ley Fundamental. Ahora bien, subraya que para ello se ha de hacer una lectura restrictiva de la misma.

En concreto, a partir del principio de proporcionalidad requiere que la conducta ocasione una perturbación de la convivencia externa y rechaza la limitación de ese derecho para evitar el impacto emocional que las declaraciones puedan causar<sup>58</sup>.

“El requisito previo para una injerencia en el Art. 5.1 de la Ley Fundamental y decisivo para su proporcionalidad es la determinación de un fin legítimo (...) En particular, derogar el principio de libertad de expresión, contenido en un derecho fundamental, no es legítimo como tal”.

“Se deduce por tanto que las injerencias en el Art. 5.1 de la Ley Fundamental, no tienen por objetivo proteger contra los efectos puramente mentales de ciertas expresiones de opinión”.

“No es defendible, para fundar la injerencia en la libertad de expresión, un entendimiento de la paz pública que tenga por objeto la protección de la intranquilidad subjetiva de los ciudadanos por la confrontación con opiniones e ideologías provocativas y el respeto de ciertos puntos de vista fundamentales, sociales o éticos. La perturbación que produce el conflicto ciudadano entre varias opiniones, limitado a defender ciertas ideas, y sus consecuencias emocionales, es un reverso necesario de la libertad de expresión y su restricción no tiene un propósito legítimo. La posible confrontación con opiniones perturbadoras, incluso si son peligrosas en sus efectos espirituales y aun si están dirigidas a una revolución fundamental del orden actual, son propias de un Estado libre”.

“La protección frente a un deterioro del «sentido general de paz» o del «envenenamiento del clima espiritual» tampoco es una razón para la injerencia, al igual que la defensa de la población frente a una ofensa a su conciencia jurídica, motivada por una ideología totalitaria o una interpretación obviamente incorrecta de la historia”.

Luego, la protección de los sentimientos no justifica constitucionalmente la restricción de la libertad de expresión, ni siquiera cuando se defiendan ideas totalitarias, en este caso favorables al nacionalsocialismo, y afecten emocionalmente a las propias víctimas del régimen tiránico, o indignen a la sociedad favorable al orden democrático.

Por lo tanto, es necesario que esas opiniones trasciendan de la esfera espiritual y tengan repercusiones externas, poniendo en peligro un bien jurídico merecedor de protección penal.

<sup>57</sup> FISCHER, 2012, p. 948 y 949; KÜHL, 2011, p. 688; KÜHL/HEGER, 2018, p. 832; OSTENDORF, 2017, p. 785; SATGER/SCHMITT/WIDMAIER, 2009, p. 900; y, SCHÄFER, 2017, p. 703.

<sup>58</sup> Acogen la tesis de esta sentencia, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, pp. 1551 y 1552.

“Sin embargo, la paz pública es un objetivo legítimo que el legislador puede utilizar para limitar la opinión pública, entendida, en todo caso, como una garantía de la tranquilidad. El propósito aquí es la protección contra las declaraciones que, por su contenido, sean peligrosas para algún bien jurídico, esto supone marcar la transición a una agresión o infracción jurídica”.

“La protección de la paz pública se refiere, por tanto, a los efectos externos de las expresiones de opinión, por ejemplo, a través de apelaciones o emociones, que desencadenan la voluntad de actuar o reducir inhibiciones o intimidar directamente a terceros (...) La tutela de la paz pública se dirige a mantener la coexistencia pacífica. Se trata de una salvaguarda adelantada de ciertos bienes jurídicos, relacionados con peligros emergentes, que se materializan en la realidad”.

En consecuencia, las opiniones han de afectar a la convivencia externa, suponiendo un peligro de desencadenar infracciones.

A estos efectos, apunta a las circunstancias concretas para determinar si una opinión permanece en el nivel intelectual o excede este umbral, creando un peligro real para la paz pública. Cuanto más concretos sean esos mensajes y cuanto más se refieran amenazadoramente a personas o grupos específicos y situaciones reales, más probable será que ese riesgo se materialice. En cambio, una presentación meramente simbólica de creencias, doctrinas o conceptos será más probable que se asigne a la esfera espiritual.

El Tribunal añade que para realizar el delito no basta la mera adhesión a la ideología nazi, sino que se ha de aprobar la violencia y tiranía que este régimen ejerció, puesto la evocación de esas infracciones tiene una posibilidad de repetición potencial<sup>59</sup>.

En suma, existe perturbación de la paz pública cuando la aprobación, ensalzamiento o justificación de la violencia y despotismo nacionalsocialista cree el peligro de desencadenar infracciones, afectando a la convivencia externa.

## ***2.5. La ofensa a la dignidad de las víctimas***

El § 130.4 StGB castiga a quien públicamente o en una reunión “perturbe la paz pública de una manera a través de la cual lesione la dignidad de las víctimas”, al aprobar, ensalzar o justificar la violencia y tiranía del régimen nacionalsocialista.

Por lo tanto, además de la perturbación de la paz pública, requiere que la conducta lesione la dignidad de las víctimas. Pero el Tribunal Constitucional Federal no cifra

<sup>59</sup> “De acuerdo con estos principios, el delito indicado se llevará a cabo sólo cuando esta “aprobación” se dé en relación con la violencia y tiranía del nacionalsocialismo, régimen históricamente real. Entendido como un concepto que se caracterizó por multitud de violaciones de derechos humanos (...) y los actos arbitrarios, históricamente reales, son infracciones cuya evocación tiene una posibilidad de repetición potencial, que puede llegar a ser real en público o en una reunión y puede poner en peligro la tranquilidad del debate político. Por el contrario, no se da la base del delito cuando alguien simplemente no acepta ciertos acontecimientos o muestra su aprobación de las ideas generales nacionalsocialistas. Por ejemplo, una interpretación incorrecta de la historia o el compromiso con la ideología nazi no es suficiente para imponer un castigo al amparo del § 130.4 StGB”.

en ella el objeto de tutela. Argumenta que las víctimas de todas las dictaduras tienen la misma dignidad y, por lo tanto, de acuerdo con el principio de no discriminación es necesario protegerlas por igual. En la medida, pues, en que esa norma solo ampara a las del nacionalsocialismo el bien jurídico protegido no puede ser la dignidad.

Entonces, ¿cómo salva el Tribunal la presencia de este elemento típico? En principio, no es razonable castigar unas expresiones que atentan contra la dignidad, no para salvaguardar este valor, sino otro inferior como es la paz pública<sup>60</sup>.

Pues bien, en la citada sentencia de 4 de noviembre de 2009 aborda este tema. Dice que queda abierta la cuestión de saber cómo debe entenderse la perturbación de la paz pública para que cubra la protección de la dignidad. En este sentido, argumenta que es necesaria una alteración de la convivencia pacífica.

Pero a continuación afirma esa humillación de las víctimas a partir, no de esa alteración de la paz pública, sino de las expresiones típicas.

“El tipo no castiga la aprobación de ideas, sino la de crímenes reales que son únicos en la historia y reflejan un desprecio hacia el ser humano. La ley está dirigida contra quien despierta y aprueba las atrocidades de un régimen que ha logrado destruir poblaciones enteras y se ha grabado en la conciencia del presente como una terrible imagen de brutalidad inconmensurable”.

Por consiguiente, el menosprecio de las víctimas del nazismo se considera implícito en esas declaraciones que secundan tales crímenes<sup>61</sup>.

Así pues, aunque el Tribunal parte de cómo entender la paz pública para que abarque la tutela de la dignidad, en realidad deduce la ofensa a esta cualidad personal de las manifestaciones prohibidas. De hecho, apela de nuevo a esas atrocidades pasadas como motivo para confirmar el menoscabo de la dignidad, en lugar de deducirlo de la alteración de la convivencia externa, con la que no guarda relación.

De esta forma, la redacción del § 130.4 StGB resulta imprecisa, cuando castiga a quien perturbe la paz pública de una manera a través de la cual lesione la dignidad de las víctimas. Lo que la lesiona son las declaraciones de apoyo al nacionalsocialismo<sup>62</sup>.

En suma, además de la paz pública se tutela la dignidad de quienes padecieron la tiranía nazi. Así se desprende de su previsión como elemento típico y de la propia argumentación del Tribunal Constitucional Federal. De manera que no consigue evitar la discriminación que a su juicio supone no proteger a las víctimas de otras dictaduras.

<sup>60</sup> Esta idea, que llevó a negar como objeto de tutela en el § 130.4 StGB la dignidad de las víctimas del Holocausto, por discriminar a las de otras dictaduras, añadiendo la perturbación de la paz pública, fue aceptada en el ámbito jurídico. En cambio, los ciudadanos veían absurdo este argumento, puesto que Auschwitz es el ejemplo histórico de exterminio sistemático y el símbolo de las violaciones de derechos humanos por excelencia. FROMMEL, 1995, p. 405.

<sup>61</sup> En realidad, el legislador ya partía de que las expresiones típicas menoscaban habitualmente la dignidad de las víctimas. ENDERS/LANGE, 2006, p. 110.

<sup>62</sup> STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, p. 1562. Puede verse un interesante trabajo sobre la influencia de las tesis biológicas y antropológicas en el genocidio nacionalsocialista en, AMBOS, 2020a, pp. 364 y ss.

## 2.6. *El significado simbólico del § 130.4 StGB*

A mi juicio, esta norma no responde solo a los fines esgrimidos por el Tribunal Constitucional Federal. Señala que las declaraciones típicas atacan al actual sistema político democrático, constituido por la República Federal alemana. Por ello acepta el § 130.4 StGB, pese a ser una ley especial y no general como requiere el Art. 5.2 de la Ley Fundamental para limitar la libertad de expresión. Pero afirma como bien jurídico concretamente protegido la paz pública, que es el valor que en definitiva fundamenta esta norma excepcional. A partir de estos argumentos declara constitucional ese precepto.

Sin embargo, la alabanza de la tiranía nazi no supone una amenaza para el Estado democrático de tal calibre que sea necesario prohibirla a través de una norma especial. Se trata de una opinión individual que, según el propio Tribunal, pertenece a la libertad de expresión, salvo que afecte a la convivencia externa.

Por otra parte, la razón de esta disposición especial no deriva tampoco de la trascendencia del bien jurídico protegido, teniendo en cuenta que según el Tribunal no lo integra la dignidad de las víctimas. Precisamente, cuando las expresiones lesionan el honor el Art. 5.2 de la ley Fundamental permite limitar la libertad de expresión, de modo que el § 130.4 StGB no supondría una excepción a esta norma constitucional, sino que tendría encaje, no en la alternativa primera (ley general), sino en la tercera (lesión del honor). En cambio, el objeto de tutela es la paz pública, un bien común a otros muchos delitos y que no entraña ninguna particularidad que justifique una restricción extraordinaria de la libertad de expresión, fuera de los tres supuestos recogidos por la Ley Fundamental.

En realidad, detrás de esta figura está el propósito de evitar desórdenes públicos y de tutelar la dignidad de las víctimas de la tiranía nacionalsocialista. Pero, al mismo tiempo, forma parte de un conjunto de normas que quieren preservar la reputación de Alemania, prohibiendo cualquier expresión que pueda reflejar la idea de que en el Estado actual se toleran los grupos que promueven los objetivos nazis<sup>63</sup>.

Precisamente, el apartado 4 fue introducido en el año 2005<sup>64</sup>, ante el creciente número de concentraciones de personas afines a la extrema derecha, que por el lugar donde se congregaban y los lemas empleados se asemejaban a los desfiles de la época de Hitler<sup>65</sup>. En concreto, en el año 2000, el Partido Nacionaldemócrata de Alemania (Nationaldemokratische Partei Deutschlands -NPD-), de tendencia neonazi, organizó dos marchas a través de la Puerta de Brandenburgo, para manifestarse en

<sup>63</sup> Esta nueva actitud de reconocimiento y rechazo manifiesto a los crímenes cometidos durante el Tercer Reich contrasta con el espíritu que reinó en los inicios de la joven República Federal alemana, caracterizada por el silencio y el mirar hacia otro lado. VORMBAUM, 2020, p. 15. Ampliamente, también, LANDA GOROSTIZA, 2028c, pp. 5 y ss.

<sup>64</sup> Ley de 24 de marzo de 2005, que modifica la Ley de reunión y el Código penal (Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches). (Disponible en: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text\\_0&toctf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist\\_0&bk=bgbl&start=%2F%2F%5B%40node\\_id%3D%27643542%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&toctf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgbl&start=%2F%2F%5B%40node_id%3D%27643542%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1)).

<sup>65</sup> ENDERS, 2008, p. 1092; ENDERS/LANGE, 2006, p. 105; FISCHER, 2012, p. 950; KÜHL, 2011, p. 695; POSCHER, 2005, p. 1316; y, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, p. 1561.

contra del proyecto del gobierno de instalar el monumento a las víctimas del Holocausto.

Pues bien, cuando el NPD anunció una nueva concentración para el 8 de mayo de 2005, coincidiendo con el 60 aniversario del final de la Segunda Guerra Mundial, se formó una coalición de partidos que estimaban que la difusión de estos actos en los medios de comunicación era perjudicial para la reputación de la República Federal de Alemania, por lo que resultaba urgente reprimirlos. Con este objetivo, aprobaron el nuevo apartado 4 del § 130 StGB y, además, reformaron la Ley de reunión (*Versammlungsgesetz*), para regular la prohibición de esas congregaciones y su disolución policial<sup>66</sup>.

Por eso la doctrina, tras afirmar que en el § 130.4 StGB se tutela la paz pública, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal, y de un modo mediato la dignidad, destaca esta finalidad del legislador de proteger el prestigio del Estado alemán<sup>67</sup>.

Por otra parte, esa misma idea es la que ha sustentado el TEDH, que ha respaldado la normativa anti totalitaria incluida en el StGB por entender que Alemania tiene un deber moral especial de distanciarse de las atrocidades cometidas durante el Tercer Reich y de mostrar su oposición a esa barbarie, incluso a través del Derecho penal.

En concreto, mantuvo esta postura en el caso *Hans Burkhard Nix v. Germany*, de 13 de marzo de 2018<sup>68</sup>, donde se juzgaba la condena impuesta al recurrente en virtud del 86 a StGB, que castiga el uso en público o en una reunión de signos prohibidos o inconstitucionales, pensando especialmente en los símbolos nazis.

La Corte examina si concurren los presupuestos fijados en el apartado 2 del artículo 10 CEDH, para someter la libertad de expresión garantizada en el apartado 1 a “formalidades, condiciones, restricciones o sanciones”. En concreto, exige que esta limitación esté prescrita en la ley, que persiga un fin legítimo de los establecidos en la propia norma y que sea necesaria en una sociedad democrática<sup>69</sup>.

Afirma que concurren los dos primeros requisitos, puesto que el § 86 a StGB busca evitar la reactivación de las organizaciones prohibidas y sus ideas inconstitucionales, reproduciendo lo aducido por el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>70</sup>. Sin embargo, a continuación, se aparta de este fundamento y confirma la necesidad de la intervención, atribuyendo a esa norma una función simbólica:

"A la luz de su papel y experiencia histórica, puede considerarse que los

<sup>66</sup> ENDERS/LANGE, 2006, p. 105.

<sup>67</sup> ENDERS, 2008, p. 1092; ENDERS/LANGE, 2006, p. 105; FISCHER, 2012, p. 950; KÜHL, 2011, p. 695; POSCHER, 2005, p. 1316; y, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, 2019, p. 1561. También Roxín se refería a esa finalidad simbólica al tratar el § 130.3 StGB, que castiga a quien, públicamente o en una reunión, aprueba, niega o minimiza las acciones genocidas cometidas bajo el nacionalsocialismo. A su juicio, el auténtico sentido de esa norma es mostrar que hoy en día Alemania es un Estado purificado que no silencia u oculta los delitos de la época de Hitler. ROXÍN, 2007, p. 451.

<sup>68</sup> «STEDH Caso Hans Burkhard Nix v. Germany, de 13 de marzo de 2018. (ECLI:CE:ECHR:2018:0313DEC003528516)». (Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-182241"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)).

<sup>69</sup> «Caso Vejdeland and others v. Sweden, de 9 de mayo de 2012 (F.J.47 y 48). (ECLI:CE:ECHR:2012:0209JUD000181307)». (Disponible en: <file:///E:/GIR/001-109046.pdf>).

<sup>70</sup> «(BVerfG 1BvR 150/03). (ECLI:DE:BVerfG:2006:rk20060601.1bvr015003)»; y, «(BVerfG 2 BvR 2202/08). (ECLI:DE:BVerfG:2009:rk20090518.2bvr220208)».

Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial para distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los nazis".

Por consiguiente, tanto para el legislador como para el TEDH las normas que castigan expresiones de apoyo al despotismo nacionalsocialista tienen como fin prioritario proteger el prestigio de Alemania.

### 3. Relación entre el modelo alemán y las propuestas de enaltecimiento del franquismo

#### 3.1. *El apoyo a los regímenes totalitarios en la jurisprudencia constitucional*

En nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional también atribuye a la dignidad un valor superior y establece que la libertad de expresión prevalece sobre los demás derechos fundamentales<sup>71</sup>, en tanto posibilita una opinión pública libre<sup>72</sup>. Esto supone que cuando al ejercerlo se lesiona otro derecho fundamental se ha de hacer una ponderación<sup>73</sup> y solo se puede sancionar cuando se rebase su contenido<sup>74</sup>, que el Tribunal ha definido de un modo amplio teniendo en cuenta la función que desempeña.

Partiendo de esa postura, ha entendido que las declaraciones de apoyo a regímenes totalitarios forman parte de ese derecho fundamental. Así lo estableció en la conocida STC 214/1991, de 11 de noviembre, donde señaló que las meras opiniones sobre la actuación nazi con respecto a los judíos, por reprobables o tergiversadas que sean, están amparadas por la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y la libertad ideológica (art. 16 CE). No obstante, precisa que si se emiten juicios de valor discriminatorios u ofensivos para el honor de sus víctimas, quedan fuera de la protección de estos preceptos<sup>75</sup>.

También en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en la que se enjuiciaban frases sobre el Holocausto contenidas en un cómic, dijo 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"<sup>76</sup>. Pero, igualmente, excluye las manifestaciones formalmente injuriosas, innecesarias para la labor informativa o la formación de la opinión<sup>77</sup>.

Por lo tanto, las expresiones discriminatorias y las injuriosas no están amparadas constitucionalmente.

A partir de esas resoluciones, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, afirmó que nuestra Constitución no permite tipificar como delito la mera transmisión de ideas,

<sup>71</sup> Puede verse una crítica a esta superioridad atribuida por el Tribunal Constitucional a la libertad de expresión, puesto que no está prevista en la Constitución en, VIVES ANTÓN, 1995, pp. 368 y 369.

<sup>72</sup> «STC 6/1981, de 16 de marzo (FJ.3). (ECLI:ES:TC:1981:6)».

<sup>73</sup> «STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ.6). (ECLI:ES:TC:1986:159)».

<sup>74</sup> Sobre esa ponderación, CARBONELL MATEU, 1994-1995, p. 16.

<sup>75</sup> «STC 214/1991, de 11 de noviembre (FJ.8). (ECLI:ES:TC:1991:214)».

<sup>76</sup> «STC 176/1995, de 11 de diciembre (FJ.2). (ECLI:ES:TC:1995:176)».

<sup>77</sup> «STC 176/1995, de 11 de diciembre (FJ.5). (ECLI:ES:TC:1995:176)».

ni siquiera en los casos en que sean execrables por resultar contrarias a la dignidad humana. En consecuencia, declaró inconstitucional la conducta consistente en la difusión de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio. No obstante, precisó que sería conforme a la Constitución si implicara necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. En cambio, consideró que la difusión de aquellas que justifiquen estos crímenes es constitucional en dos casos: primero, si supone una provocación, aunque sea indirecta, al genocidio, y, segundo, cuando represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación<sup>78</sup>. Sin embargo, no entró a valorar la tercera conducta del artículo 607.2 CP, que castigaba la difusión de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen los delitos de genocidio, al entender que no era objeto de la cuestión planteada<sup>79</sup>.

Además, manifestó que en nuestro sistema no cabe un modelo de "democracia militante" en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Esto supone que no se puede limitar el derecho a la libertad de expresión porque se utilice para divulgar ideas u opiniones contrarias a la Norma Fundamental<sup>80</sup> y, en concreto, tesis totalitarias.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional deja claro que la exposición y divulgación de opiniones proclives a una dictadura pertenece a la libertad de expresión.

Por el contrario, no están cubiertas por ese derecho las declaraciones que lesionan el honor de las víctimas, las que incitan a la violencia, o crean un ambiente de tensión en el que es razonable esperar que se produzcan actos delictivos.

Esa interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional al examinar el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP<sup>81</sup>. Ha entendido que estas conductas presentan una "similitud estructural" con los tipos de

<sup>78</sup> «STC 235/2007, de 7 de noviembre (FFJJ.6 a 9). (ECLI:ES:TC:2007:235)».

<sup>79</sup> Puede verse un comentario a estas sentencias en, ÁLVAREZ GARCÍA, 2014, p. 63; CORCOY BIDASOLO, 2012, pp. 55 y ss; CUERDA ARNAU, 2008, pp. 61 y ss; CUERDA ARNAU, 2014, pp. 63 y ss; GARCÍA ÁLVAREZ, 2004, pp. 52 y ss; GASCÓN CUENCA, 2012, pp. 310 y ss; GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 89 y ss; LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 49 y ss; LASCURAIN SÁNCHEZ, 2010, pp. 69 y ss; LAURENZO COPELLO, 1999-2000, p. 193; MARTÍNEZ SOSPEDRA, 2000, pp. 99 y ss; RAMOS VÁZQUEZ, 2009, pp. 120 y ss; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, 2012, p. 880; y, SAINZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORRIAZA, 2009, pp. 310 y ss. En síntesis, a partir de estas resoluciones la doctrina mayoritaria entiende que el derecho a la libertad de expresión encuentra sus límites en aquellas manifestaciones innecesarias que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2014, p. 172.

<sup>80</sup> «STC 235/2007, de 7 de noviembre (FJ.4). (ECLI:ES:TC:2007:235)». En igual dirección, «STC 48/2003, de 12 de marzo (FJ.7). (ECLI:ES:TC:2003:48)»; «STC 12/2008, de 29 de enero (FJ.6). (ECLI:ES:TC:2008:12)»; «STC 126/2009, de 21 de mayo (FJ.9). (ECLI:ES:TC:2009:126)»; y, «STC 42/2014, de 25 de marzo (FJ.4). (ECLI:ES:TC:2014:42)».

<sup>81</sup> Puede verse una crítica a este delito por su falta de adecuación al principio de proporcionalidad, entre otros, en CANCIO MELIÁ, pp. 272 y ss; CUERDA ARNAU, 2007, pp. 89 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, 2003, p. 17; MIRA BENAVENT, 2018, p. 302; SÁEZ VALCÁRCEL, 2019, pp. 2 y ss; y, VIVES ANTÓN, 2005, pp. 424 y ss. Una censura a la normativa antiterrorista a partir del estudio del Derecho alemán en, CANO PAÑOS, 2015, pp. 1 y ss. Esta regulación tiene su origen, como es sabido, en el bautizado como "Derecho penal del enemigo", que en el ámbito académico tuvo como precursor a Carl Schmitt, defensor del antisemitismo y del fascismo y que mantuvo la distinción entre amigo y enemigo. FERRÉ OLIVÉ/NÚÑEZ PAZ/RAMÍREZ BARBOSA, 2020, pp. 158 y ss.

negación y justificación del genocidio analizados en la STC 235/2007 y les ha aplicado los criterios de esta sentencia. En consecuencia, aunque aquel precepto no lo prevé, dice que solo cabe castigar dichas expresiones cuando "puedan ser consideradas como una manifestación del «discurso del odio»<sup>82</sup> por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades"<sup>83</sup>, o, en otros términos, cuando inciten a la violencia<sup>84</sup>.

Así pues, las declaraciones favorables a una dictadura se podrán sancionar penalmente si humillan a las víctimas o si incitan, aunque sea de manera indirecta, a la violencia o a la realización de actos delictivos, creando una situación de crispación que conlleve un peligro cierto de desencadenar esas actuaciones.

### 3.2. *Propuestas de penalización de la exaltación del franquismo*

Como decía, el pasado año el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso anunciaba su intención de tipificar la apología y exaltación del franquismo y de impedir los homenajes al dictador.

Anteriormente se habían presentado dos Proposiciones de Ley en ese sentido<sup>85</sup>. La primera, planteada en el año 2017 por el propio Grupo, introducía en el Código penal un nuevo artículo 510 bis, que castigaba con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a "quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución". El favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra esas víctimas daría lugar a un tipo agravado, imponiéndose una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a cuatro meses<sup>86</sup>.

La segunda, formulada en el año 2018 por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, reformaba el artículo 510.1 CP para tipificar la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de

<sup>82</sup> Censuraban el recurso a la figura del "discurso del odio" como justificación para castigar estas conductas bajo su formulación típica, GÓMEZ MARTÍN, 2019, p. 114; y, LAURENZO COPELLO, 2020, p. 453.

<sup>83</sup> De esta forma se aplicaba el llamado "test Brandenburg" (de la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Brandenburg v. Ohio*, 1969, que afirma que el Estado sólo puede prohibir el apoyo moral a la comisión de delitos cuando tal apoyo moral se dirija a incitar directamente a la comisión de conductas ilícitas, y sea idóneo para incitar a tales acciones). DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2018, p. 15.

<sup>84</sup> «ATC 4/2008, de 9 de enero (FJ.7). (ECLI:ES:TC:2008:4ª)»; «STC 112/2016, de 20 de junio (FJ.3). (ECLI:ES:TC:2016:112)»; y, «STC 35/2020, de 25 de febrero (FJ.4). (ECLI:ES:TC:2020:35)».

<sup>85</sup> En el año 2013 CIU ya presentó en el Congreso una moción que instaba al Gobierno a "la tipificación de conductas que impliquen apología del franquismo, el fascismo, el totalitarismo o el nazismo". (Disponible en: [https://elpais.com/politica/2013/10/10/actualidad/1381422121\\_686379.html](https://elpais.com/politica/2013/10/10/actualidad/1381422121_686379.html)).

<sup>86</sup> Proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 22 de diciembre de 2017. (Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF)).

conflicto armado cometidos por el fascismo, el franquismo y su dictadura, así como el enaltecimiento de sus autores, cuando supusieran una incitación directa a la violencia o el odio contra un grupo o sus miembros por motivos discriminatorios<sup>87</sup>.

Luego, el primer texto castigaba el mero enaltecimiento o la justificación públicos del franquismo. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional apuntada, estas opiniones forman parte del derecho a la libertad de expresión y, por lo tanto, su punición vulneraría el artículo 20.1 CE<sup>88</sup>.

Igualmente, se sancionaba el enaltecimiento o la justificación de los delitos cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes participaran en su ejecución. El problema que esta disposición plantea es que ni Franco, ni quienes estaban bajo su mando fueron condenados por ninguno de los crímenes que cometieron durante su dictadura, debido al sistema de transición que se siguió en nuestro país. Por eso, castigar el ensalzamiento de unos actos que no fueron enjuiciados judicialmente sigue perteneciendo a la libertad de expresión.

Por otra parte, el favorecimiento de un clima de odio contra las víctimas de esa dictadura me parece insuficiente para fundar la intervención penal, a la luz de las citadas sentencias del Tribunal Constitucional, en tanto no conlleva un riesgo de provocar actos concretos contra ellas. A mi juicio, el principio de intervención mínima impide utilizar el Derecho penal para evitar meros sentimientos<sup>89</sup>.

Además, aun creándose un clima de hostilidad, discriminación o violencia, esas declaraciones no suelen mover a actuar frente a las víctimas del régimen franquista, sino contra otras personas, repudiadas por el fascismo, debido a su ideología, raza, religión, orientación sexual u otros motivos discriminatorios. De hecho, a raíz de las manifestaciones convocadas por Vox estamos presenciando enfrentamientos, pero ninguno de ellos afecta a quienes padecieron los abusos del franquismo, sino

<sup>87</sup> Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la Transición. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 13 de julio de 2018. (Disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF)).

<sup>88</sup> Como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, no podemos castigar la mera expresión de una ideología política, aunque ésta sea antidemocrática. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2012, p. 33.

<sup>89</sup> De esta opinión, ALASTUEY DOBÓN, 2016, p. 10; ALCÁ CER GUIRAO, 2012, p. 17; ALCÁ CER GUIRAO, 2018, p. 7; ALCÁ CER GUIRAO, 2019, p. 4; BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 81; BERNAL DEL CASTILLO, 2018, p. 29; CARBONELL MATEU, 2018, pp. 86 y ss; CORCOY BIDASOLO, 2012, p. 55; CUERDA ARNAU, 2013, pp. 215 y ss; CUERDA ARNAU, 2019, p. 754; DEL ROSAL BLASCO, 2016, p. 1288; DÍAZ VALCÁRCCEL, 2018, p. 3; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2018, pp. 18 y ss; FUENTES OSORIO, 2017a, pp. 2 y ss; FUENTES OSORIO, 2017b, pp. 131 y ss; GALÁN MUÑOZ, 2018, pp. 245 y ss; GARCÍA ARÁN, 2018, pp. 867 y ss; GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, 2013, p. 933; GÓMEZ MARTÍN, 2016, p. 9; LANDA GOROSTIZA, 2002, p. 16; LANDA GOROSTIZA, 2004, p. 69; LANDA GOROSTIZA, 2018a, p. 24; LANDA GOROSTIZA, 2018b, p. 228; LAURENZO COPELLO, 1996, pp. 264 y 265; LAURENZO COPELLO, 1999-2000, pp. 191 y 200; LAURENZO COPELLO, 2014, p. 241; LAURENZO COPELLO, 2018, p. 1295; PORTILLA CONTRERAS, 2015, pp. 717 y ss; REVENGA SÁNCHEZ, 2015, p. 18; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, pp. 228 y ss; ROIG TORRES, 2015, p. 1262; SÁEZ VALCÁRCCEL, 2018, pp. 3 y ss; SAINZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, 2009, p. 324; TAMARIT SUMALLA, 2018, p. 2; TAPIA/JAVATO/SÁNCHEZ, 2015, p. 187; TERUEL LOZANO, 2017, pp. 3 y ss; y, VIVES ANTÓN, 2018, p. 675.

a personas que hoy defienden una ideología opuesta a ese grupo de extrema derecha.

Una argumentación similar hay que mantener respecto a la segunda Proposición de Ley. Desde el momento en que ni Franco, ni sus secuaces, fueron condenados por genocidio ni por los demás delitos enunciados, el tipo se convertiría en una fórmula vacía. Ensalzar unos hechos que jurídicamente no existieron no puede ser delito, sino un ejercicio, repudiable, pero legítimo del derecho a la libertad de expresión.

Pues bien, la reforma anunciada por el Grupo Parlamentario Socialista parece ir en la línea de estas Proposiciones de Ley y, especialmente, de la del mismo Partido, puesto que, según dice, pretende impedir la apología y exaltación del franquismo y los homenajes al dictador. Luego, estas declaraciones no pueden integrar un delito porque lo impide el artículo 20.1 CE, en los términos que ha establecido el Tribunal Constitucional.

Creo que la regulación alemana, en concreto el § 130.4 StGB y la interpretación que ha hecho de esta norma el Tribunal Constitucional Federal le puede ser de suma utilidad al legislador español al abordar esa reforma, teniendo en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional mantiene una postura semejante en lo que hace a las expresiones que respaldan regímenes dictatoriales.

Ambos han declarado que la difusión de ideas totalitarias pertenece al derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, dicha disposición se ubica entre los delitos contra el orden público y se exige que la conducta perturbe la paz pública.

Además, el Tribunal Constitucional Federal rehúsa declarar la dignidad como bien jurídico protegido, pese a que se requiere su lesión, porque eso supondría subestimar a las víctimas de otras dictaduras, que poseen igual dignidad y merecen la misma protección que las del nazismo.

Por eso, castigar en nuestro ordenamiento el enaltecimiento del franquismo o de sus crímenes en el artículo 510 CP, que justamente es un instrumento de lucha contra la discriminación, no me parece adecuado a los principios democráticos en la medida en que supone dejar fuera de la protección penal a las personas que han padecido la represión de otros gobiernos despóticos. Nuestra legislación penal debe seguir manteniendo la imparcial propia de un sistema liberal y pluralista en el que las víctimas de todas las autocracias son tratadas por igual, aunque obviamente los abusos del franquismo están especialmente presentes en la sociedad. El Derecho alemán es un ejemplo de que, pese a la barbarie vivida, se ha de hacer una férrea defensa de la dignidad humana de todas personas, si se quiere alcanzar un verdadero sistema democrático.

En consecuencia, creo que también en el artículo 510 CP se debe seguir la línea político criminal encomiable anunciada por el Gobierno y castigar solo los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión que conlleven un peligro de alteración del orden público o de desencadenar conductas violentas, además de las que atenten contra el honor de grupos o sus miembros por razones de intolerancia.

#### 4. Conclusiones

A la vista de lo dispuesto en el § 130.4 StGB se comprueba que la creencia extendida de que en Alemania se castiga penalmente el enaltecimiento del nacionalsocialismo no se corresponde exactamente con la regulación legal. Por una parte, porque no se tipifica el ensalzamiento del nazismo en sí, sino del régimen de violencia y despotismo que ejerció. Y, por otra, porque es necesario que esas expresiones perturben la paz pública y lesionen la dignidad de las víctimas.

Además, el Tribunal Constitucional Federal ha despejado las dudas que existían en sede doctrinal y jurisprudencial en cuanto al significado de la paz pública (öffentliche Friede). Ha descartado aquellas concepciones que implican proteger meros sentimientos individuales o evitar una conmoción psicológica colectiva. La sensación de peligro para el actual orden constitucional por parte de un grupo más o menos numeroso no justifica la restricción del derecho a la libertad de expresión reconocido en el Art. 5.1 de la Ley Fundamental.

Para limitarlo mediante el Derecho penal es necesario que la aprobación, ensalzamiento o justificación de la violencia y tiranía nacionalsocialista ponga en peligro la convivencia externa.

Por lo tanto, no se sanciona el puro elogio del nazismo, ni tampoco de sus acciones genocidas.

Por otra parte, teniendo en cuenta que Alemania fue responsable de los terribles crímenes nazis y que las expresiones típicas los apoyan, el Tribunal declara la constitucionalidad del § 130.4 StGB, pese a que no se da ninguna de las tres causas que según el Art. 5, apartado 2 de la Ley Fundamental permiten limitar el derecho a la libertad de expresión del apartado 1. En concreto, que la restricción la disponga una ley general, que se establezca en la legislación para la protección de los jóvenes, o para tutelar el derecho al honor personal.

Señala que el § 130.4 StGB no es una ley general porque no tutela a las víctimas de todas las dictaduras, sino solo a las del nacionalsocialismo.

Por el mismo motivo, no cabe justificar el precepto para proteger el honor, porque la dignidad de todas esas personas es idéntica y en un Estado democrático ha de preservarse por igual. Si el objeto de tutela fuera la dignidad de las víctimas del nazismo se vulneraría el principio de igualdad y no discriminación del Art. 3 de la Ley Fundamental, al no amparar a quienes padecieron la opresión de otros sistemas absolutistas. Por eso, afirma que no es éste el bien jurídico protegido, sino la paz pública.

Pero de esta forma resulta una norma disfuncional, puesto que la paz pública integra el bien jurídico protegido en muchos otros delitos y no es fundamento suficiente para excluir esa disposición de la exigencia de ley general para restringir la libertad de expresión.

Si de verdad se quisieran evitar enfrentamientos por proclamas totalitarias bastaría incriminar las mismas conductas, pero respecto a la violencia y tiranía ejercidas por cualquier dictadura. De esta forma, el § 130.4 StGB sería una ley general y, además, protegería el honor, concurriendo dos de los motivos que permiten limitar la libertad de expresión según el Art. 5.2 de la Ley Fundamental.

En realidad, como expresó el propio legislador al introducir esta norma, con ella se quiere preservar la reputación de Alemania, impidiendo que las manifestaciones de apoyo al nazismo se difundan en los medios de comunicación y perjudiquen la imagen del país dañada por su pasado.

En resumen, no cabe citar el Derecho alemán como modelo donde se sanciona el enaltecimiento de un sistema autocrático concreto, por una parte, porque se tipifica el ensalzamiento de la violencia y despotismo y no del propio gobierno nacionalsocialista y, por otra, porque se precisa la perturbación de la paz pública. Además, se pone de relieve que no cabe tutelar la dignidad de las víctimas de una dictadura concreta. En verdad, el § 130.4 StGB trata de evitar que la difusión de imágenes de grupos neonazis ensalzando esa tiranía fascista desprestigie al Estado alemán frente al exterior.

Pues bien, muchos de los argumentos manejados por el Tribunal Constitucional Federal alemán son de aplicación en nuestro sistema. Según ha declarado el Tribunal Constitucional, el mero ensalzamiento de un régimen autoritario pertenece a la libertad de expresión garantizada en el artículo 20.1 C.E.

Igualmente, según el artículo 10.1 CE, la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social. Luego, proteger el honor de las víctimas del absolutismo de cierto signo, con exclusión del resto es incompatible con nuestro Estado democrático.

Además, el artículo 510 CP pretende impedir conductas que violen el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE. Sería contrario, pues, a la *ratio legis* de este precepto introducir distinciones de esa índole.

Por otra parte, tipificar el enaltecimiento, no del franquismo en sí, sino de los crímenes que cometió no es posible, porque esos hechos no fueron objeto de condena penal.

Cabría finalmente introducir un delito consistente en ensalzar el franquismo o los abusos que perpetró, cuando la conducta cree un clima de violencia u hostilidad que pueda provocar actos ilícitos. Pero, ¿contra quién?, ¿contra las víctimas de esa dictadura? Ciertamente, no son ellas el objetivo de quien realiza las declaraciones incitadoras.

En este sentido, no hay que olvidar que el § 130.4 StGB se sitúa entre los delitos contra el orden público, mientras el artículo 510 CP pretende proteger a colectivos vulnerables, que en la práctica no son los afectados por esas exaltaciones sino las personas que defienden ideologías de izquierdas. De manera que las acciones contra ellas y, en su caso, la incitación a cometerlas, deben juzgarse conforme a los tipos vigentes, especialmente, los delitos contra el honor, la libertad o la integridad física.

Finalmente, utilizar el Derecho penal con una finalidad simbólica, aunque sea con el propósito encomiable de reconocimiento a quienes soportaron la represalia franquista, es contrario al principio de prohibición de exceso. Ese objetivo se ha de dejar a otros sectores del ordenamiento jurídico.

Pienso que, si bien la dictadura de Franco es uno de los periodos más deplorables que ha vivido nuestro país en el último siglo, junto a la Guerra Civil, invocarlo restaría solidez democrática a una legislación penal que debe reflejar la importancia de

los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico proclamados en el artículo 1 CE.

Como decía, también en el artículo 510 CP se debe seguir la dirección propuesta por el Gobierno de cara a la futura reforma del Código penal, adoptando un criterio restrictivo en los delitos que atañen a la libertad de expresión. Solo así se avanzará hacia un Derecho penal verdaderamente liberal, acorde con el principio de intervención mínima.

## Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, C. (2016), “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18, pp. 1-38.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012), “Discurso del odio y discurso político. En defensa de las libertades de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 14, pp. 1 a 32.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2018), "Si Bryan levantara la cabeza", *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, pp. 6-7.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2019), "Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21, pp. 1-38.
- ALEXY, R. (2011), “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, pp. 11-29.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2014), "La nueva reforma penal de 2013", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 6, pp. 16-71.
- AMBOS, K. (2020a), "Criminología nacionalsocialista. Continuidad y radicalización", *In-Dret*, n. 1, pp. 364-393.
- AMBOS, K. (2020b), *Derecho penal nacionalsocialista*, Valencia.
- AMBOS, K. (2020c), "Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22, pp. 1-27.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (1998), *La discriminación en el Derecho penal*, Granada.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (2018), “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 16, pp. 13-44.
- BILBAO UBILLOS, J.M. (2008), “La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, pp. 17-56.
- CAMARERO GONZÁLEZ, G. (2018), "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Arts. 510 al 521", en Del Moral García (dir.); Escobar Jiménez (coord.): *Código penal. Comentario y jurisprudencia*, Granada, pp. 2792-2826.
- CANCIO MELIÁ, M. (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid.
- CANCIO MELIÁ, M.; DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2019), *¿Discurso del odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Pamplona.

- CANO PAÑOS, M.A. (2015), "La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales", *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, pp. 1-12.
- CARBONELL MATEU, J.C. (1994-1995), "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 18, pp. 7-44.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2018), "Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal. El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»", en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Valencia, pp. 1413-1432.
- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S. (1999), *Derecho penal. Parte general*, Valencia.
- COMAS D'ARGEMIR, M. (2018), "Conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión", *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, pp. 11-14.
- CORCOY BIDASOLO, M. (2012), "Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, n. 8, pp. 45-76.
- CUERDA ARNAU, M.L. (2007), "El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión", *Estudios de Derecho Judicial*, n. 128, pp. 89 a 122.
- CUERDA ANAU, M.L. (2008), "Terrorismo y libertades políticas", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 3, pp. 61-97.
- CUERDA ANAU, M.L. (2013), "Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 13, pp. 215-232.
- CUERDA ANAU, M.L. (2014), "El denominado delito de apología del genocidio", *Poder Judicial*, n. 56, pp. 63-117.
- CUERDA ANAU, M.L. (2019), "Delitos contra la Constitución", en González Cussac (coord.): *Derecho penal. Parte especial*, 6<sup>a</sup> edición, Valencia, pp. 753-756.
- DEGENHART, C. (2010), "Bundesverfassungsgericht und neonazistische Kundgebungen – Anmerkung zum U. v. 4. November 2009", *Juristen Zeitung*, vol. 65, n. 6, pp. 306-310.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2016), "Delitos contra la Constitución (IV)", en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, pp. 1283-1296.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2018), "El discurso de odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar", *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, pp. 18-21.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, J.L. (2017), "El abuso del sistema penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19, pp. 1-24.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2018), "Desconciertos de Brandemburgo", *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, pp. 15-17.
- ENDERS, C. (2008), "Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts", *Juristen Zeitung*, vol. 63, n. 22, pp. 1092-1099.
- ENDERS, C.; LANGE, R. (2006), "Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht?", *Juristen Zeitung*, vol. 61, n. 3, pp. 105-112.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NÚÑEZ PAZ, M.A.; RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2020), *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema penal*, Bogotá.
- FISCHER, T. (2012), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, München.
- FROMMEL, M. (1995), "Das Rechtsgut der Volksverhetzung – oder ein «Ablaßhandel» in drei Akten", *Kritische Justiz*, vol. 28, n. 3, pp. 402-411.

- FUENTES OSORIO, J.L. (2017a), "El odio como delito", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19, pp. 1-52.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2017b), "Concepto de odio y sus consecuencias penales", en Miró LLinares (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid, pp. 131-154.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2004), *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2018), "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Elemento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, pp. 245-304.
- GARCÍA ARÁN, M. (2018), "De las reformas bienintencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio", en Morales Prats; Tamarit Sumalla; García Albero (coords.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, pp. 867-881.
- GARRO CARRERA, E. (2018), "Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el "laberinto dogmático" del tipo de incitación a la población del § 130 StGB", en Landa Gorostiza; Garro Carrera (dirs.): *Delitos de odio. Derecho comparado y regulación española*, Valencia, pp. 27-77.
- GARROCHO SALCEDO, A.M; PORTILLA CONTRERAS, G. (2013), "Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia", en Álvarez García (dir.); Dopico Gómez-Aller (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, pp. 931-942.
- GASCÓN CUENCA, A. (2012), "Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 310-340.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2012), "Discurso del odio y principio del hecho", en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dirs.): *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Valencia, pp. 89-120.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2016), "Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18, pp. 1-25.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2019), *Delitos de discriminación y discurso del odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Portugal.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2003), "La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal", *Revista Xurídica Galega*, n. 38, pp. 13-38.
- HEFENDEHL, R. (2007), "El bien jurídico como eje material de la norma penal", en Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, pp. 179-196.
- HONG, M. (2010), "Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BverfG", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 70, pp. 73-126. (Disponible en: [https://www.zaoerv.de/70\\_2010/70\\_2010\\_1\\_a\\_73\\_126.pdf](https://www.zaoerv.de/70_2010/70_2010_1_a_73_126.pdf)).
- HÖRNLE, T. (2007), "La protección de sentimientos en el StGB", en Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, pp. 383-402.
- JARASS, B.; PIEROTH, J.D. (2020), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München.
- JASCHKE, H-G. (2004), "Die Zukunft der «streitbaren Demokratie»", *Totalitarismus und Demokratie*, n. 1, pp. 109-123.

- KOMMERS, D.P. (1997), *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, USA.
- KÜHL, K. (2011), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, München.
- KÜHL, K.; HEGER, M. (2018), *Strafgesetzbuch*, 29 Auflage, München.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (1996), "La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva «Ley de Lucha contra la Criminalidad» (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIL, pp. 529-589.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2002), "El modelo político-criminal antirracista "sui generis" del Código penal de 1995: una aproximación crítica", *Revista Internacional de Derecho Penal*, n. 1, pp. 1-28.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2004), "Racismo, xenofobia y Estado democrático", *Eguzki-lore*, n. 18, pp. 59-71.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2012), "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 7, pp. 297-346.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018a), *Los delitos de odio*, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018b), "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP", en Landa Gorostiza; Garro Carrera (dirs.): *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018c), "Políticas de víctimas de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del holocausto", *Revista General de Derecho Penal*, n. 19, pp. 1-50.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2020), "Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22, pp. 1-34.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2010), "La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, pp. 69-78.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2012), "¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?", en García García; Docal Gil (dirs.): *Grupos de odio y violencias sociales*, Madrid, pp. 23-38.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2017), "Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 36, pp. 119-134.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996), "La discriminación en el Código penal de 1995", *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 19, pp. 219-288.
- LAURENZO COPELLO, P. (1999-2000), "La protección penal frente a las conductas racistas y xenófobas", en Soroeta Licerias (ed.): *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, II, Universidad del País Vasco, pp. 179-196.
- LAURENZO COPELLO, P. (2014), "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado: Racismo y xenofobia", *Cuadernos de política Criminal*, pp. 1-241.
- LAURENZO COPELLO, P. (2020), "La manipulación de los delitos de odio", en Portilla Contreras; Velásquez Velásquez (dirs.); Pomares Cintas; Fuentes Osorio (coords.): *Un juez para la democracia. Libro Homenaje a Perfecto Agustín Andrés Ibáñez*, Madrid, pp. 453-468.
- LUDWINGS, M.; ZENTGRAF, P.; AXMANN, M. (2020), *Entscheidungssammlung Staatsrecht -Grundrechte-*, Universität Würzburg. (Disponible en:

- [https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus4-wuerzburg/frontdoor/deliver/index/docId/21190/file/Entscheidungssammlung-Staatsrecht\\_Grundrechte\\_2020.pdf](https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus4-wuerzburg/frontdoor/deliver/index/docId/21190/file/Entscheidungssammlung-Staatsrecht_Grundrechte_2020.pdf).
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (2000), "Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP", *Revista General de Derecho*, n. 664-665, pp. 99-116.
- MIRA BENAVENT, J (2018), "El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional", en Alonso Rimo; Cuerda Arnau; Fernández Hernández (dirs.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, pp. 299-330.
- MIRÓ LLINARES, F. (2011), "La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 13, pp. 1-55.
- MIRÓ LLINARES, F. (2017), "Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", en Miró Llinares (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid, pp. 21-65.
- MITSCH, W. (2018), "Der unmögliche Zustand des § 130 StGB", *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, pp. 198-203.
- OSTENDORF (2017), "§ 130.4 StGB", en Kindhäuser; Neumann; Paeffgen, H-U: *Strafgesetzbuch*, vol. 2, 5 Auflage, Baden-Baden, pp. 882-800.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2015), "La represión penal del "discurso del odio"", en Quintero Olivares (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, pp. 717-753.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2017), "El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas", en Miró Llinares (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid, pp. 87-105.
- POSCHER, R. (2005), "Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen", *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 58, n. 19, pp. 1316-1318.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2009), "La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607. 2 del Código Penal)", *Revista Penal*, n. 23, pp. 120-137.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2015), "Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?", en Revenga Sánchez (dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, pp. 15-32.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. (2014), "El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 12, pp. 165-232.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2012), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia.
- ROIG TORRES, M. (2015), "Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)", en González Cussac (dir.); Górriz Royo; Matallín Evangelio (coords.): *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2ª edición, Valencia, pp. 1257-1279.
- ROSENFELD, M. (2001), "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", *Cardozo Law School*, n. 41, 2001.
- ROXÍN, C. (2007), "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, pp. 443-458.
- SCHÄFER, J. (2017), "§ 130 StGB", en Miebach (ed.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 3, München.

- SÁEZ VALCÁRCEL, R. (2018), "La libertad de expresión", *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, pp. 3-5.
- SÁEZ VALCÁRCEL, J.R. (2019), "Apología del terrorismo, libertad de expresión y libertad de creación artística. La criminalización del arte, la ficción y la caricatura", *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 40, pp. 1-38.
- SAINZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. (2009), "El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio", en Cuerda Riezu; Jiménez García (dirs.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Madrid, pp. 283-332.
- SATGER, H.; SCHMITT, B.; WIDMAIER, G. (2009), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Köln.
- STEGBAUER, A. (2004), "Die Rechtsprechung zu § 130 StGB nach der Neufassung", *Juristische Rundschau*, vol. 7, pp. 281-283.
- STERNBERG-LIEBEN, D.; SCHITTENHELM, U. (2019), "§ 130 StGB", en Schönke; Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Auflage, München, pp. 1549-1564.
- STRATENWERTH, G. (2007), "La criminalización contra los bienes jurídicos colectivos", en Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid.
- SWISTEK, G. (2001), *Die Konzeption der «streitbaren Demokratie» im Grundgesetz und im Öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland. Grenzen von Partizipation und Pluralismus in Deutschland*, München. (Disponible en: <https://www.grin.com/document/230333>).
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2018), "Los delitos de odio en las redes sociales", *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 27, pp. 17-29.
- TAPIA BALLESTEROS, P.; JAVATO MARTÍN, A.M.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2015), "Artículos 510 a 521 bis", en Gómez Tomillo; Javato Martín (dirs.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo VI, Pamplona, pp. 181-248.
- TERUEL LOZANO, G. (2017), "Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial", en *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 17, pp. 1-20.
- VIVES ANTÓN, T.S. (1995), *La libertad como pretexto*, Valencia.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2004), "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 25, pp. 401-441.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2018), "La libertad y las libertades", en Suárez López; Barquín Sanz; Benítez Ortúgar; Sainz-Cantero Caparrós (coords.): *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. D. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, I*, Madrid, pp. 669-677.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2019), *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la justicia*, Valencia.
- VORMBAUM, M. (2020), "Eberhard Schmidt: Derecho penal en un Estado de Derecho y en un Estado autoritario" (traducción y nota previa de M.A. Cano Paños), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22, pp. 1-17.