

EL DELITO DE APOLOGÍA Y EXALTACIÓN DEL FRANQUISMO. CONTRASTE CON LA REGULACIÓN ALEMANA

Por

MARGARITA ROIG TORRES
Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

margarita.roig@uv.es

Revista General de Derecho Penal 33 (2020)

RESUMEN: El Grupo Parlamentario Socialista ha anunciado la reforma del Código penal para que "la apología y exaltación del franquismo" sean delito. Este proyecto genera desconcierto especialmente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional rechaza el modelo de «democracia militante» y permite incluso las manifestaciones contrarias a los valores esenciales de la Constitución. En el ámbito del debate político el TEDH admite restricciones solo cuando las declaraciones inciten a la violencia o sean «discurso del odio». Y en el caso paradigmático de Alemania no se castiga el enaltecimiento del nacionalsocialismo, sino solo la glorificación de la violencia y arbitrariedad ejercidas por este régimen, cuando, además, se ponga en peligro la convivencia externa. Por otra parte, el delito consistente en el uso de símbolos inconstitucionales no pretende impedir la exaltación del nazismo, sino distanciar a Alemania de esa época histórica. Por lo tanto, me parece importante conocer esos precedentes para concretar los requisitos que debería cumplir el nuevo o los nuevos tipos, en caso de aprobarse.

PALABRAS CLAVE: apología; franquismo; enaltecimiento; reforma del Código penal; libertad de expresión.

SUMARIO: I. Introducción. II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1. El «discurso del odio» como límite a la libertad de expresión en el debate político. 2. Justificación del genocidio: exigencia de incitación al delito o a la discriminación. 3. Exclusión del modelo de «democracia militante». 4. Aplicación de la doctrina anterior al enaltecimiento del terrorismo. 5. El enaltecimiento tipificado en el artículo 510.2 CP. III. Jurisprudencia del TEDH. 1. Límites a la libertad de expresión en el discurso político. 2. Caso Herri Batasuna y Batasuna contra España. 3. Enaltecimiento del terrorismo. IV. La exaltación del nacionalsocialismo en Alemania: una manifestación de la libertad de expresión. 1. «Democracia militante». 2. Glorificación de la violencia y arbitrariedad nacionalsocialista. 3. Uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

THE CRIME OF APOLOGY AND EXALTATION OF FRANQUISM. CONTRAST WITH THE GERMAN REGULATION

ABSTRACT: The Socialist Parliamentary Group has announced the reform of the Penal Code so that "the apology and exaltation of franquism" to be a crime. This project generates confusion especially from the perspective of the right to freedom of expression. The Constitutional Court

rejects “militant democracy” and even allows contrary opinions to the essential values of the Constitution. In the sphere of political debate, the ECHR admits restrictions only when the statements incite violence or are “hate speech”. And in the paradigmatic case of Germany, the exaltation of National Socialism is not punished, but only the glorification of violence and arbitrariness exercised by this regime, when, in addition, external coexistence is endangered. On the other hand, the crime consisting of the use of unconstitutional symbols is not intended to prevent the exaltation of Nazism, but to distance Germany from that historical era. Therefore, it seems important to me to know these precedents to specify the requirements that the new or new types should meet, if approved.

KEYWORDS: apology; franquism; exaltation; reform of the Penal Code; freedom of expression.

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos días la portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso anunciaba la reforma del Código penal para que “la apología y exaltación del franquismo sean delito”. “En democracia -decía- no se homenajea a dictadores ni tiranos”¹.

Esperemos que esta iniciativa no llegue a buen puerto y no estemos ante un nuevo recorte de la libertad de expresión. Desde luego, produce desconcierto que este derecho que cada vez ve más mermado su contenido sea, justamente, aquél que tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH han situado a la cabeza de los derechos fundamentales.

En los últimos años se castigan expresiones que se consideran ofensivas para sentimientos religiosos, chistes groseros sobre antiguas víctimas del terrorismo, declaraciones que fomentan el odio contra ciertas personas², y ahora se quieren sumar manifestaciones de apoyo a una dictadura.

¹ (Disponible en: https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html; <https://www.elmundo.es/espana/2020/02/12/5e431197fdddffce088b4595.html>).

² Pueden verse algunas críticas en, ALCÁCER GUIRAO, R.: “Opiniones constitucionales”, en *InDret*, 1/2018, pp. 1 y ss; BALDA MEDARDE, M.J.: “Sobre la libertad de expresión”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018, p. 8; BERNAL DEL CASTILLO, J.: “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, 2018, p. 29; CARBONELL MATEU, J.C.: “Crisis del garantismo penal y papel de los penalistas”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M./BARQUÍN SANZ, J./BENÍTEZ ORTÚGAR, I.F./JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. D. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 86 y ss; CARBONELL MATEU, J.C.: “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1421 y ss; COLOMER BEA, D.: “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 41, 2019, pp. 97 y ss. (Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13969>); COMAS D’ARGEMIR, M.: “Conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, cit., pp. 11 y ss; CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2012, p. 55; CUERDA ARNAU, M.L.: “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 13, 2013, pp. 215 y ss; DÍAZ VALCÁRCEL, R.: “La libertad de expresión. Apariencia y realidad”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, cit., p. 3; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,

Es más, se propone penalizar la “apología y exaltación del franquismo”, siendo que, como es sabido, la apología supone el ensalzamiento público de un delito o el enaltecimiento de su autor y solo es punible como forma de provocación³, es decir, si constituye una incitación directa a cometer un delito (art. 18.2 CP)⁴. Por otra parte, se ha de mover a perpetrar delitos concretos sin que baste alentar, en general, a delinquir⁵.

M.: “El discurso de odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, cit., pp. 18 y ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia (debilitada). Un (modesto y sentido) homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares”, en *Foro FICP*, 2018-3, p. 9. (Disponible en: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2018/11/D%C3%ADAZ-y-G.-Conlledo.-Principio-de-lesividad-u-ofensividad-homenaje-Quintero-Foro-FICP.pdf>); DOPICO, J.: “Desconciertos de Brandemburgo”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, cit., pp. 15 y ss; FUENTES OSORIO, J.L.: “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, 2017, pp. 2 y ss; GALÁN MUÑOZ, A.: “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?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2018, pp. 245 y ss; GARCÍA ARÁN, M.: “De las reformas bienintencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio”, en MORALES PRATS, F./ TAMARIT SUMALLA, J.M./GARCÍA ALBERO, R. (Coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 868; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 9; LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 24; LAURENZO COPELLO, P. “Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M^o Terradillos Basoco*, cit., p. 1299; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del «Discurso del odio»”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 722; REVENGA SÁNCHEZ, M.: “Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015, p. 18; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 12, 2014, pp. 165 y ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 228 y ss; SÁEZ VALCÁRCCEL, R.: “La libertad de expresión”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, cit., pp. 3 y ss; SAINZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio”, en CUERDA RIEZU, A./JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 324; TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Los delitos de odio en las redes sociales”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 27, 2018, pp. 1 y ss. (Disponible en: <https://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i27.3151/galley/3491/download/>); TERUEL LOZANO, G.: “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017, pp. 3 y ss; VIVES ANTÓN, T.S.: “Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión...*, cit., pp. 36 y 37; VIVES ANTÓN, T.S.: “La libertad y las libertades”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M./BARQUÍN SANZ, J./BENÍTEZ ORTÚGAR, I.F./JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Estudios jurídicos...*, cit., p. 675.

³ Sobre las diferencias entre apología y provocación, DEL ROSAL BLASCO, B.: “La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 58, 1996, p. 212.

⁴ Artículo 18.1 CP: “La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el delito o enaltezcan a su autor. La

Como dice Vives Antón, “definida solo como ensalzamiento del delito o 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”⁶.

Pues bien, si ya es forzado afirmar que el franquismo encaja técnicamente en el concepto de delito o de autor (a los que se ensalza o enaltece), todavía más difícil es mantener que simplemente ensalzando el franquismo, o enalteciendo a Franco, se induce a la ejecución de ilícitos concretos. De hecho, algunos ciudadanos elogian todavía al dictador y no por ello dan pie a ninguna infracción. Sería necesario, por tanto, crear un tipo específico de apología en el que se requiriese, no ya el ensalzamiento de un delito o el enaltecimiento de su autor que incite directamente a cometer un delito, como precisa con carácter general el artículo 18.2 CP, sino el enaltecimiento del franquismo, que conlleve ese efecto.

Pero por la intervención de la portavoz del Grupo Socialista en el Congreso, no parece que sea esto lo que se está barajando, cuando afirma que en democracia no se “homenajea” a dictadores ni tiranos. Un homenaje es algo todavía alejado de la incitación a la comisión de delitos, y más aún de hechos concretos.

En definitiva, con la exaltación de la dictadura o el elogio de sus autores, no hay todavía una puesta en peligro o una lesión de un bien jurídico merecedor de tutela, que es lo esencial para la intervención del Derecho penal. Posiblemente, se acudiría para

apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

A partir de esta norma, argumenta Alonso Rimo que el artículo 18.1 CP establece el criterio general de intrascendencia de la apología, incluidos también los casos en que ésta, entendida como elogio del delito o de sus autores, pueda tener efectos incitadores, castigándose solo la provocación directa al delito. ALONSO RIMO, A.: “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 4, 2010, pp. 20 y ss.

⁵ Entre otros, CAMPOS MORENO, J.C.: “Actos preparatorios punibles”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 39, 1994, pp. 9 y 10; CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 102; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 143; MAQUEDA ABREU, M.L.: “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 9, 1988, p. 7; ORTS BERENGUER, E.: “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 18, 1982, p. 507; ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 274 y 276; REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 89; y, VIVES ANTÓN, T.S., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 106. Incluso con esta formulación Morales Prats entiende que el artículo 18.2 CP es una norma que vive expuesta a que en cualquier momento merezca la censura del Tribunal Constitucional. MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 182.

⁶ VIVES ANTÓN, T.S.: “Sobre la apología del terrorismo como discurso del odio”, en VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 509.

justificar la punición al concepto etéreo del “discurso del odio”, al que se recurre últimamente, incluso como se verá, por parte del Tribunal Constitucional, para fundar condenas de expresiones que encierran simple animadversión o rechazo con tintes políticos. Pero por mucho que se alegue esta figura han de respetarse los principios esenciales del Derecho penal liberal, como sí ocurre en algunas conductas prototipo de esa categoría, reguladas en el artículo 510 CP (no en otras como el fomento del odio contra ciertos grupos o sus miembros). Si no es así, si no se mantiene el principio de proporcionalidad⁷, se produce un adelantamiento intolerable en la línea de defensa en nuestro Estado Democrático⁸ y se invade el “núcleo esencial” del derecho fundamental a la libertad de expresión⁹, que debe ser intangible.

Afortunadamente, hasta ahora en nuestra democracia la libertad de expresión ha permitido manifestar opiniones proclives a cualquier régimen político, incluidos los totalitarios, sin que ello reporte consecuencias penales. Al margen, por supuesto, de que un sector social, en el que me incluyo, rechace las dictaduras de cualquier signo, y defienda a ultranza el sistema democrático¹⁰. A mi juicio, la libertad de opinión pasa por permitir defender esas ideas, que a muchas personas nos resultan repudiables¹¹.

⁷ Como señala Cuerda Arnau, la libertad de expresión es el derecho y garantía constitucional que, a su modesto entender, constituye piedra de toque de las posibilidades del principio de proporcionalidad como canon para enjuiciar la constitucionalidad de las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales. CUERDA ARNAU, M.L.: “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007, p. 7.

⁸ Vives Antón hace esta reflexión sobre el adelantamiento en la defensa que se está produciendo en torno al terrorismo. “Se llega a incriminar conductas que todavía no pueden ser en sí misma incriminadas, porque no constituyen ni lesión ni puesta en peligro para la libertad de otros y puede limitarse a ser un ejercicio de un derecho fundamental. Singularmente, creo que el más importante de esos adelantamientos, el más importante y el que ataca de manera más clara la libertad de expresión, es la sanción como delito del llamado discurso del odio en sus muy diversas modalidades”. VIVES ANTÓN, T.S.: “Garantías constitucionales y terrorismo”, en VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad...*, cit., p. 660.

⁹ “El contenido esencial de la libertad de expresión, el «núcleo duro» que ningún poder público puede invadir, se halla constituido por el derecho al *disentimiento razonado* (algo que se ha entendido como definitorio de la tradición intelectual de Occidente) con todo lo que de libertad de información y ausencia de «precauciones» y sanciones implica un tal derecho”. VIVES ANTÓN, T.S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 371. Ese “núcleo duro” abarca la crítica política, aunque sea subversiva o revolucionaria. VIVES ANTÓN, T.S.: “La libertad y las libertades”, en VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad...*, cit., p. 694.

¹⁰ León Alapont señala que lo oportuno sería hablar de hechos delictivos graves amparados o auspiciados por regímenes o movimientos de corte totalitario o dictatorial de forma que quedasen englobados movimientos como pueden ser el franquismo, el fascismo, el falangismo, el nacionalsocialismo, o el comunismo, entre otros. LEÓN ALAPONTE, J.: “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, en *Diario La ley*, nº 9572, 12 de febrero de 2020, p. 2.

¹¹ Como indicaba Cuerda Arnau, castigar penalmente la simple expresión de opiniones e ideas, “revela una inadmisibles falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones”. CUERDA ARNAU, M.L.: “El denominado delito de apología del genocidio. Con sideraciones constitucionales”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 56, 1999, p. 117.

En realidad, ya ha habido varias Proposiciones de Ley orientadas a penalizar el enaltecimiento del franquismo. En el año 2017, el Grupo Parlamentario Socialista presentaba una propuesta¹², en la que se preveía la introducción en el Código penal del artículo 510 bis , que en el apartado 2 b), castigaba con pena de seis meses a dos años de prisión 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”¹³.

Añadía que “los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a cuatro meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo”. De manera que el tipo básico no requería la creación de esta atmósfera de tensión en la que fueran previsibles actos delictivos.

Parece claro que en esta iniciativa el propósito era penalizar el mero enaltecimiento o justificación públicos del franquismo, creando otros tipos para los casos en que esas conductas se refirieran a los delitos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo, o de sus partícipes.

Más tarde, en el año 2018, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea, planteó una nueva Proposición de Ley que, en principio, podía parecer más adecuada, en tanto se limitaba a mencionar expresamente el franquismo en el artículo 510.1 c) . De modo que tipificaba, la negación, trivialización grave y enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, “incluidos los crímenes del fascismo, del franquismo y su dictadura, o enaltezcan a sus autores...”¹⁴.

¹² 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).

¹³ Ampliamente, sobre esta disposición, LEÓN ALAPONT, J.: “Defensa de regímenes totalitarios...”, cit., pp. 2 y ss.

¹⁴ Artículo 510: “1. Serán castigados con una pena de prisión de 6 meses a 1 año de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad de 15 a 30 días: 2....c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidos los crímenes del fascismo, del franquismo y su dictadura, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando claramente constituyan clara y directamente una incitación a la violencia o al odio contra los mismos”.

No obstante, creo que destacar un régimen autoritario, dando la percepción de que sus crímenes son más reprochables que los de otros que cometieron acciones similares, no es coherente con los principios de nuestro Estado democrático, en el que todas las víctimas de esos delitos son iguales en dignidad. Ciertamente, la dictadura de Franco marcó a nuestro país y es un suceso relativamente cercano. Pero ni siquiera estas circunstancias son motivos sólidos para acabar con esa identidad clara e incuestionable de la dignidad de todas las víctimas en la letra de la ley.

Por otra parte, para condenar por enaltecer, trivializar o justificar esos delitos de genocidio, de lesa humanidad, o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, es esencial que exista una condena penal firme por estos hechos. Y, como es sabido, el “franquismo y su dictadura” no fueron condenados por ninguno de ellos. Ni tampoco Franco o los miembros de su gobierno, quienes dieron “cobertura legal” a las acciones ilegítimas que adoptaron frente a sus adversarios.

Un claro ejemplo, lo tenemos en el caso de Juan Peset Aleixandre, catedrático de medicina y Rector de la Universidad de Valencia, condenado a pena de muerte, como autor de un delito de adhesión a la rebelión previsto en el Código de Justicia Militar, en la sentencia del Consejo de Guerra de 25 de marzo de 1940, sin haber cometido ningún delito de sangre. Se le atribuyó que, siendo Diputado del Frente Popular durante la República, al iniciarse el alzamiento militar se mantuvo fiel a la legalidad y al orden constitucional, sin atender el Bando franquista que exigía dar auxilio al levantamiento. En su lugar, prestó servicios para el ejército republicano, haciéndose cargo de hospitales militares, y “pronunció mítines y conferencias de marcado sabor marxista..., en las que justificó la revolución roja”¹⁵. Esta es solo una muestra de la “justicia al revés” y de las múltiples atrocidades que ordenó o ratificó el general Francisco Franco. Pese a ello, la jurisdicción militar que acordó la condena no fue nunca acusada de prevaricación, y las personas que la propiciaron no fueron juzgadas por ningún delito.

A diferencia de lo que sucedió en otros países como Alemania, en España se adoptó un sistema de transición hacia la democracia, sin intervención de países extranjeros ni de Tribunales internacionales, y no se sometió al dictador ni a otros miembros del régimen a proceso alguno por las acciones criminales realizadas. Por lo tanto, no cabe definir estos actos penalmente, ni calificarlos en sentido técnico como delitos, porque no fueron castigados judicialmente.

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: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF)

¹⁵ VVAA: *Proceso a Juan Peset Alexandre*, Universitat de Valencia, 2001, pp. 47 y ss.

En definitiva, no se puede tipificar la negación, trivialización y enaltecimiento de los delitos de genocidio o los demás enumerados en el artículo 510.1 c) , ejecutados por el franquismo y su dictadura, porque dichos ilícitos no fueron declarados y sancionados penalmente.

Por consiguiente, esa cláusula que se añadía en la Proposición de ley, era contraria a la seguridad jurídica que demanda el principio de legalidad, y estaba abocada a la inaplicación.

De todos modos, sin conocer la redacción del nuevo delito que se quiere crear no cabe hacer valoraciones precisas. Lo que sí me parece importante es conocer los presupuestos necesarios para que, si se llega a tipificar, tenga encaje constitucional.

En principio, a mi modo de ver, la penalización de la apología y exaltación del franquismo en la forma en que se anuncia, no es conciliable con los dictados que el Tribunal Constitucional y el TEDH han establecido en lo que hace a la restricción de la libertad de expresión en el debate político.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El «discurso del odio» como límite a la libertad de expresión en el debate político

En los últimos años se ha producido un lamentable retroceso en la defensa de la libertad de expresión y de información por parte del Tribunal Constitucional, que ciertamente confronta con la postura que había venido manteniendo desde que se aprobó la Norma Fundamental. El propio Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, en el voto particular emitido en la STC -Pleno- 177/2015, de 22 de julio , recordaba que la forma con que los poderes públicos tratan estos derechos es un indicador de la calidad de su democracia y manifestaba su alarma ante esa tendencia restrictiva en la jurisprudencia constitucional¹⁶.

¹⁶ “Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Tribunal en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que hubiera debido ser estimatoria por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].1. Los derechos a la libertad de expresión e información están íntimamente ligados a la democracia. La sensibilidad y la forma con que los poderes de un Estado abordan y tratan estos derechos son un indicador de la calidad de su democracia; por eso me alarma la tendencia restrictiva de estos derechos en la más reciente jurisprudencia constitucional...”. Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo.

En esta sentencia, la discrepancia surgía por el concepto del llamado “discurso del odio” adoptado por la mayoría de la Sala¹⁷. En sus resoluciones anteriores el Tribunal Constitucional incluía en esa categoría aquellas expresiones que fomentan el odio, la discriminación o la violencia contra ciertos grupos o sus miembros por razones de intolerancia, y las que atentan contra su honor¹⁸. Sin embargo, en este asunto añade el acto de “fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política” de los adversarios, y en concreto de los Monarcas¹⁹.

Los acusados habían quemado un retrato de los Reyes a tamaño real y puesta boca abajo en un lugar público, al finalizar una manifestación antimonárquica. Por este acto, la Audiencia Nacional²⁰ les condenó por un delito de injurias cualificado del artículo 490.3 CP. En cambio, en la citada sentencia que resolvió el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional no ponderó los derechos al honor (art. 10.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), basando la condena en el carácter injurioso de la actuación, como hizo la Audiencia Nacional, sino que añadió *ex novo* el argumento de que la quema del retrato, en las circunstancias en que se produjo, constituía una manifestación del discurso del odio y de incitación a la violencia contra los Reyes.

A mi modo de ver, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta varias sentencias del TEDH, tratando de acomodarse a sus directrices. Entre ellas, la del caso *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, de 2 de febrero de 2010²¹, donde declaró que ciertos lemas en contra del Gobierno establecido²² no constituían una incitación al odio y la violencia, “incluso si van acompañadas de la quema de banderas y fotos de los líderes rusos”. Posiblemente por ello, el Tribunal Constitucional no se basó para sustentar el fallo confirmatorio de la condena, en el hecho de incendiar la fotografía, sino en las

¹⁷ En esa sentencia hubo cuatro votos particulares, emitidos por las Magistradas doña Adela Asúa Batarrita y doña Encarnación Roca Trías, y por los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁸ Véase, ROIG TORRES, M.: *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio». Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Constitucional alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 59 y ss.

¹⁹ “Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”. Desde esta perspectiva, concluye que “quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio” (F.J.4).

²⁰ En sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2008, ratificada por el Pleno en sentencia de 5 de diciembre de 2008.

²¹ (Disponible en: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,4bc327682.html>).

²² "Abajo con Voronin régimen totalitario" y "Abajo con el régimen de ocupación de Putin".

circunstancias que lo rodearon (el tamaño de la imagen, su puesta boca abajo, etc.). También en la del caso *Colombani and others v. France*, de 25 de junio de 2002²³, en la que reprobó la mayor protección otorgada por la legislación francesa a los Jefes de Estado extranjeros en los ataques a su honor, y la del caso *Artun & Guvener v. Turkey*, de 26 de junio de 2007²⁴, que extendió esa doctrina a los dirigentes del propio Estado.

Pero, sobre todo, creo que trató de salvar los reproches que la Corte formuló en el caso *Otegi Mondragon c. España*, de 15 de marzo de 2011²⁵, y que la Audiencia no tuvo en cuenta al condenar por el delito de injurias agravado, al ser sus resoluciones anteriores. En esa sentencia, el TEDH declaró que el artículo 490.3 CP confiere al honor de los Monarcas una protección más elevada que a otras personas tuteladas por el tipo común de injurias y que a otras instituciones, como el Gobierno y el Parlamento y que esta salvaguarda reforzada es contraria al CEDH. En segundo lugar, afirmó que las frases del recurrente contra el Rey no incitaban a la violencia, ni constituían discurso del odio, “lo que a los ojos del Tribunal es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta”, para limitar la libertad de expresión en el debate político. Añade que, “ni los órganos jurisdiccionales internos ni el Gobierno justificaron la condena del demandante hablando de la incitación a la violencia o discurso de odio”.

Más tarde, en el caso *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016²⁶, la Corte volvió a insistir en esos dos factores como motivos legítimos para restringir la libertad de expresión en el discurso político o sobre asuntos de interés público. Por el contrario, estima que las manifestaciones del periodista eran la viva imagen de una libertad periodística, que incluye también el posible recurso a una cierta dosis de exageración, más aun, de provocación.

Por lo tanto, en la sentencia -Pleno- 177/2015, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional trató de avalar la condena por el artículo 490.3 CP, censurado por la Corte europea, basándose, no en la vulneración del honor de los Monarcas, afirmado por la Audiencia Nacional, sino en que la quema del retrato era discurso del odio e incitaba a la violencia contra ellos. Sin embargo, el TEDH (sentencia del caso *Stern Taulats y*

²³ (Disponible en: https://www.hr-dp.org/files/2013/09/07/CASE_OF_COLOMBANI_AND_OTHERS_v_FRANCE_.pdf).

²⁴ (Disponible en: http://www.aihmiz.org.tr/files/Artun_Guvener_Monitoring_Report.pdf).

²⁵ (Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/39522>).

²⁶ (Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428062044?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_JIMENEZ_LOSANTOS__c__Espana.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH).

Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018)²⁷, negó que concurrieran esos elementos en el caso enjuiciado y condenó a España por infringir la libertad de expresión de los recurrentes (art.10.1 CEDH)²⁸.

En definitiva, mediante ese género ambiguo del discurso del odio, el Tribunal Constitucional quiso mantener la condena penal de un acto que, en realidad, debía estimarse cubierto por el artículo 20.1 CE.

Pues bien, la noción amplia del discurso del odio utilizada por el Tribunal Constitucional para tratar de fundar el castigo de ciertas expresiones, no abarca la alabanza o exaltación de ningún régimen político, ni siquiera de corte autoritario. Estas declaraciones forman parte del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), según la doctrina del Tribunal Constitucional y, en particular, de la sentencia -Pleno- 235/2007, de 7 de noviembre .

2. Justificación del genocidio: exigencia de incitación al delito o a la discriminación

Desde las SSTC 6/1981, de 16 de marzo ²⁹, y 12/1982, de 31 de marzo ³⁰, el Tribunal Constitucional ha proclamado que la libertad de expresión e información es garantía de

²⁷ (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa>).

²⁸ “La inclusión en el discurso de odio de un acto que, como el que se reprocha en este caso a los demandantes, es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH, lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática” (F.J.41).

²⁹ “El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (F.J.3).

³⁰ “El artículo 20.1 de la Constitución dice, como es sabido, que se reconocen y protegen los derechos de... «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Se ha señalado acertadamente que se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre.

Como ha dicho la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 16 de marzo de 1981, el artículo 20 de la Constitución tomado en su conjunto y en sus distintos apartados, constituye una garantía de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el

la opinión pública libre, sin la cual quedaría absolutamente falseado el principio de libertad democrática. Y señala que esa opinión pública libre está indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático.

En este sentido, cuando el ejercicio de ese derecho se refiere a asuntos de interés general, le atribuye una posición preferente sobre los demás derechos fundamentales y le otorga un rango superior a ellos³¹, lo que obliga a realizar una rigurosa ponderación³² de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio³³.

Por otra parte, se ha pronunciado sobre el valor constitucional de las declaraciones favorables a un régimen dictatorial, en concreto el nacionalsocialista, y sus atrocidades, es decir, delitos concretos, condenados judicialmente. Esas manifestaciones pertenecen al derecho a la libertad de expresión, en relación con la libertad ideológica.

Así lo señaló en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, respecto al genocidio nazi:

“Es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación

artículo 1. apartado 2, de la Constitución y que es la base de nuestra organización jurídico-política” (F.J.3).

³¹ Puede verse una crítica a la posición preferente que ha otorgado el Tribunal Constitucional a la libertad de expresión sobre los demás derechos fundamentales, supliendo así una función que corresponde al legislador constitucional en, VIVES ANTÓN, T.S.: *La libertad como pretexto*, cit., pp. 368 y 369. En este sentido apunta a la necesidad de una ponderación de los bienes en conflicto: “el Derecho penal en un régimen constitucional debe encontrar una regulación adecuada que, de una parte, proteja de los posibles efectos de la libertad de expresión sobre el conjunto de bienes e intereses, cuya tutela se le haya atribuida; y, de otra, haga efectiva la libertad de expresión en la mayor medida de lo posible”. VIVES ANTÓN, T.S.: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de imprenta)*, vol. 14, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 12.

³² “Ha de considerarse que las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales... No obstante lo dicho, el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de una opinión pública, libre y plural, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 CE”. STC 214/1991, de 11 de noviembre (F.J.6).

³³ “Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.d exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio”- STC 159/1986, de 16 de diciembre (F.J.6). Ampliamente sobre esta ponderación, CARBONELL MATEU, J.C.: “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 18, 1994-1995, p. 16. (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104173>); CUERDA ARNAU, M.L.: “Libertad de expresión y crítica política...”, cit., pp. 221 y ss; HORMAZÁBAL MALAREÉ, H.: “Soberanía y responsabilidad internacional”, en CARBONELL, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/CUERDA ARNAU, M.L. (Coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 999 y ss; y, VIVES ANTÓN, T.S.: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal...*, cit., pp. 12 y ss.

nazi..., por reprobables o tergiversadas que sean..., quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga..., sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (F.J.8).

No obstante, estimó el recurso porque el demandado emitió juicios humillantes, que lesionaban la dignidad de las víctimas³⁴.

Después, en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, reiteró esa postura en torno a las opiniones relativas al Holocausto³⁵:

“Al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan” (F.J.2).

En este proceso, confirmó la condena por injurias, porque el recurrente atentó contra la dignidad de los judíos.

La STC -Pleno- 235/2007, de 7 de noviembre, recoge y desarrolla esa doctrina³⁶:

“La libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (F.J.3).

“Como se sabe, en nuestro sistema -a diferencia de otros de nuestro entorno- no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el

³⁴ Esta sentencia fija como límites a la libertad de expresión la dignidad y la igualdad de las personas. CAMARERO GONZÁLEZ, G., en DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.)/ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (Coord.): *Código penal. Comentario y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2018, p. 2794.

³⁵ Puede verse un comentario a estas resoluciones en, CUERDA ARNAU, M.L.: “El denominado delito de apología del genocidio...”, cit., pp. 97 y ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010, pp. 69 y ss; y, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: “Aplastar a una serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000, pp. 99 y ss.

³⁶ “La Sala estima evidente el conflicto de tal tipificación con el derecho consagrado en el artículo 20.1 CE. Sobre este derecho recuerda la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar que ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos..., es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan” (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ2) (F.J.3).

que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución” (F.J.4).

“De esta manera, el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos..., encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables (F.J.5).

El Tribunal declaró inconstitucional la penalización de la conducta consistente en la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio, tipificada en el antiguo artículo 607.2 CP, al entender que era una transmisión neutra de ideas³⁷.

“Nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana” (F.J.6).

Señala que el precepto resultaría conforme a la Constitución si la conducta sancionada implicara necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio.

En cambio, respecto a la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio, prevista en el artículo 607.2 CP, argumenta que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la

³⁷ Por más deleznable que resulten esas ideas desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución, no pueden fundar la sanción penal. VIVES ANTÓN, T. S.: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 37. Por su parte, afirma Carbonell Mateu, desde el punto de vista del artículo 10.1 CE, que solo lo que restringe el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, lo que es trascendente para los demás puede prohibirse. De acuerdo con Ferrajoli, la tarea del Derecho penal es intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad. CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 199 y 200. Véase, también, CARBONELL MATEU, J.C.: “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal”, *La libertad de Expresión y el Derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 110 (Disponible en: http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/2_LAS-LIBERTADES-DE-INFORMACION.pdf).

justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”.

“Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el artículo 20 CE” (FJ 9).

En concreto, admite su punición en dos casos: primero, si supone una incitación, aunque sea indirecta, al genocidio, y, segundo, cuando busque una suerte de “provocación al odio” hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación (F.J.9)³⁸.

En resumen: según estas sentencias, las expresiones concernientes a los crímenes perpetrados por el régimen nazi están amparadas por el artículo 20.1 CE, salvo que constituyan delito (en particular, de injurias)³⁹. Paralelamente, la negación de cualquier genocidio es ejercicio legítimo de la libertad de expresión, al igual que la justificación de ese ilícito. Ahora bien, cabe penalizar esta última acción cuando comporte una incitación a cometerlo, o una provocación al odio hacia ciertos colectivos, creando un clima de violencia y hostilidad en el que se propicie la realización de actos concretos de discriminación.

Por lo tanto, si las expresiones relativas a los delitos perpetrados por el nacionalsocialismo están comprendidas en el artículo 20.1 CE, salvo que lesionen o pongan en peligro otros bienes jurídicos, con mayor motivo, está incluida la mera exaltación de ese o de otro sistema totalitario.

3. Exclusión del modelo de «Democracia militante»

En la citada STC -Pleno- 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal afirma que “en nuestro sistema -a diferencia de otros de nuestro entorno- no tiene cabida un modelo de

³⁸ Censura la equiparación entre la incitación directa al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia, ALASTUEY DOBÓN, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)”, en *Diario La Ley*, nº 8245, 2014, pp. 9 y 10.

³⁹ En las fechas de las dos primeras sentencias no se habían aprobado todavía tipos específicos frente al racismo y la discriminación. Fueron incorporados por la LO 4/1995, de 11 de mayo, en los artículos 137 bis, b) y 165 ter CP, poco después derogados por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que introdujo el delito del artículo 510 y la falta del artículo 607.2 CP.

«democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”.

En consecuencia, afirma que “el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución” (F.J.4).

La STC 48/2003, de 12 de marzo, precisa que para admitir ese modelo falta el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional. Cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos (F.J.7). En este sentido, la STC 103/2008, de 11 de septiembre, afirma que el respeto a esos procesos de reforma constitucional es, siempre y en todo caso, inexcusable (F.J.4).

Desde esta postura, la STC 126/2009, de 21 de mayo, niega la posibilidad de disolver partidos políticos, cualquiera que sea su ideario, salvo que lo defienda a través de la violencia o al margen de los procedimientos democráticos. El Tribunal afirma que en nuestro ordenamiento no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o sus fundamentos, ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden. Dichos medios, sin embargo, si son violentos, serán inaceptables en cuanto tales, pero sin perjuicio alguno para la ideología a la que pretendan servir (F.J.9).

La STC -Pleno- 42/2014, de 25 de marzo, recoge esa jurisprudencia, recordando que el planteamiento de concepciones que busquen modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución (F.J.4).

Me parece que un ejemplo singular del alcance de la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional es la STC 12/2008, de 29 de enero, donde se reconoce la posibilidad de que existan formaciones políticas que propugnen postulados «feministas» o «machistas» (F.J.6). Especialmente en este último caso, admitir no solo la exposición de ideas de ese tenor, sino partidos políticos que propongan instaurarlas, es el culmen de la primacía otorgada a ese derecho fundamental.

Por lo tanto, a diferencia de otros países como Alemania, en nuestro Derecho no se impone la adhesión a los valores constitucionales y esto implica que la difusión de ideas u opiniones contrarias a ellos forma parte de la libertad de expresión.

Desde esta perspectiva, hay que afirmar que la defensa de una forma de gobierno, aunque sea autocrática y radicalmente opuesta al Estado social y democrático de

Derecho que proclama la Constitución (art. 1.1), tiene cabida en nuestro modelo de democracia y está amparada por la propia Norma Fundamental (art. 20.1). De manera que la exaltación de un sistema totalitario solo será punible si va acompañada de acciones que violen la normativa vigente, como sería la incitación al odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación contra quienes profesan determinada ideología, que tipifica el artículo 510 CP.

Por otra parte, me resulta llamativo que en otros sistemas del Derecho comparado en los que sí rige una “democracia militante”, como sucede en Alemania, no se castigue penalmente el enaltecimiento del nacionalsocialismo. Como se verá, en este ordenamiento no se sanciona siquiera la defensa de los delitos cometidos por ese régimen, si no se hace de forma que se perturbe la convivencia externa. La mera conmoción espiritual que tales declaraciones puede ocasionar, dice el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), es una consecuencia del ejercicio legítimo de la libertad de expresión garantizada por el artículo 5.1 de la Ley Fundamental.

4. Aplicación de la doctrina anterior al enaltecimiento del terrorismo

La STC 112/2016, de 20 de junio , aplica los criterios fijados en la STC -Pleno- 235/2007, de 7 de noviembre , al delito de enaltecimiento del terrorismo castigado en el artículo 578 CP⁴⁰, atendiendo a su “similitud estructural” con los de justificación del genocidio⁴¹:

⁴⁰ Artículo 578 CP: “1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57”.

Este precepto ha sido cuestionado desde el principio de proporcionalidad. VIVES ANTÓN, T.S.: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXV, 2005, pp. 424 y ss. Por su parte, González Cussac, apuntaba también en esta dirección: “a través de la L.O. 7/2000, de 22 diciembre, con la ampliación extrema del artículo 578, que unida al ya existente artículo 607, deja muy en evidencia el castigo genérico de la apología como forma de provocación del artículo 18 CP. Régimen éste que trataba de mantenerse fiel a los postulados básicos de un Derecho penal liberal en materia de incriminación de los actos preparatorios. Pero sin lugar a dudas, la lucha contra el terrorismo parece justificarlo todo, incluso aunque, y no sólo, se haga a costa de aplastar hasta extremos intolerables el derecho fundamental a la libertad de expresión”. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal”, en *Revista Jurídica Galega*, nº 38, 2003, p. 17 (Disponible en: <http://rexurga.net/pdf/COL102.pdf>). En tono crítico, entre otros, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010, pp. 272 y ss; CUERDA ARNAU, M.L.: “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas, en *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 128, 2007, pp. 89 y ss; MIRA BENAVENT, J: “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

“La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia⁴². Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio” (F.J.3).

Siguiendo dicha sentencia, señala que las conductas de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, o de sus partícipes, previstas en el artículo 578 CP, como manifestaciones del discurso del odio, requieren que se cree una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Y añade que este presupuesto se deduce también del contexto internacional y regional europeo (F.J.3)⁴³.

Nacional”, en ALONSO RIMO, A./CUERDA ARNAU, M.L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 302; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 798; y, SÁEZ VALCÁRCEL, J.R.: “Apología del terrorismo, libertad de expresión y libertad de creación artística. La criminalización del arte, la ficción y la caricatura”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 40, 2019, pp. 2 y ss.

⁴¹ Dice Vives Antón que los artículos 578 CP y 607.2 -derogado-, castigan la justificación del terrorismo o del genocidio, es decir, la mera expresión de razones, lo que en un sistema democrático no parece que debiera castigarse. En definitiva, con la equívoca expresión “discurso del odio” parece que pretenda cubrirse el déficit de legitimidad del castigo de ciertas expresiones que deberían quedar amparadas por la libertad de expresión. VIVES ANTÓN, T.S.: “Sobre la apología del terrorismo como discurso del odio”, en VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad...*, cit., p. 513.

⁴² En el ATC 4/2008, de 9 de enero, ya aplicó la tesis de la STC 235/2007, de 7 de noviembre: “La condena por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP) supone una vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues, como se afirma en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con los delitos de genocidio, “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad” —cosa que debe afirmarse ahora también de los delitos de terrorismo— “permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”.

Esta provocación indirecta a la violencia es constatable en el escrito que originó la condena de su autor. Como ya ha quedado expresado por referencia a la motivación de la Sentencia recurrida, en el mismo se concitan tanto una consideración positiva de la conducta de los presos de ETA en cuanto a los execrables hechos que les llevaron a tal situación penitenciaria, al afirmar que están secuestrados por un sistema autoritario y que no se resocializan porque tienen razón, como la ya analizada expresión que amenaza de un modo creíble con una conducta violenta a determinados colectivos que están relacionados con el encarcelamiento de aquellos presos. La justificación de quienes actuaron con extraordinaria violencia en relación precisamente con esta actuación violenta y la adición a la misma de una expresión amenazante permiten afirmar que el escrito contiene la provocación a la violencia, siquiera indirecta, pero referida a la comisión de gravísimos delitos, que impide su cobertura en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión” (F.J.7).

⁴³ En principio, el legislador no pretendía exigir esa incitación, sino castigar el enaltecimiento y la justificación pública de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución,

En este sentido, cita el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005, en el que se prevé la obligación de los Estados de tipificar penalmente la provocación pública para cometer delitos terroristas, entendiendo por tal la incitación pública, aunque sea indirecta, a la comisión de esos ilícitos (F.J.3).

Igualmente, argumenta que la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de Europa, establece que se entenderá por “provocación a la comisión de un delito de terrorismo la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos” (F.J.3).

Asimismo, trae a colación la jurisprudencia del TEDH, que rechaza la tutela del artículo 10.1 CEDH -libertad de expresión- “en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestaciones del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos” (F.J.3).

A partir de estas premisas, la STC 112/2016, de 20 de junio, señala que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo tipificadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en la libertad de expresión en la medida en que puedan considerarse discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades (F.J.4)⁴⁴.

sin ningún requisito adicional. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre: “Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

⁴⁴ Vives Antón pone de relieve la incongruencia de rechazar, adecuadamente, la democracia militante y admitir, en cambio, la mera incitación indirecta al delito: “Sin embargo, el Tribunal Constitucional español declaró no conforme a la Constitución española de 1978 la llamada democracia militante [STC 48/2003 (Tol 241992)], que no es sino una democracia limitada. Pero, pese a esa acertada decisión, al haber admitido ulteriormente en los dos preceptos transcritos lo que, eufemísticamente, llama incitación indirecta al delito, permite el castigo, no ya de la auténtica incitación a realizar un acto delictivo, sino de las razones que la avalan, es decir, del mero discurso político. Esas razones pueden resultar absurdas, estúpidas, infundadas; pueden entenderse como puro lenguaje del odio, como sin razón; pero no parece fácil justificar, en un sistema democrático,

“Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este procedimiento de amparo debe quedar limitada..., a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas..., han ponderado esa concreta exigencia..., de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia” (F.J.3).

En conclusión, deniega el amparo al demandante, toda vez que su conducta era una manifestación del discurso del odio que inducía a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, de manera que no puede quedar amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a CE). (F.J.6).

Así pues, para que el delito de enaltecimiento del terrorismo contemplado en el artículo 578.1 CP sea conforme a la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional requiere que esa conducta suponga una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, y esta situación de riesgo la interpreta como una incitación indirecta a la comisión de delitos de terrorismo⁴⁵.

Partiendo de esta sentencia, el Tribunal Supremo ha variado su postura sobre ese precepto⁴⁶ y ha exigido que el enaltecimiento o justificación incite de modo indirecto a la comisión de delitos de terrorismo⁴⁷.

su exclusión del foro público. Y eso porque, además de los argumentos expuestos, esa exclusión acaba proyectándose no solo sobre los enemigos de la democracia, sino también sobre los adversarios políticos, de lo que sobran ejemplos”. VIVES ANTÓN, T.S.: “Sobre la apología del terrorismo como discurso del odio”, en VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad...*, cit., p. 510.

⁴⁵ Al interpretar el artículo 578.1 CP hay que tener en cuenta que el artículo 578.3 CP agrava la pena cuando los hechos, a la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella. Por su parte, el artículo 579 CP castiga la difusión de pública de mensajes o consignas que tengan por finalidad, o que por su contenido, sean idóneos para incitar a la comisión de los delitos de terrorismo, y al que por un medio público o ante una concurrencia de personas incite a la comisión de esos delitos. Además, prevé una pena inferior para los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer algunos de esos ilícitos. De manera que, el enaltecimiento de los delitos de terrorismo es independiente de la apología del artículo 18 CP. Ampliamente, ALONSO RIMO, A.: “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, cit., pp. 17 y ss; CUERDA ARNAU, M.L., en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C./CUERDA ARNAU, M.L./BORJA JIMÉNEZ, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 778 y 779; y, MIR PUIG, S.: *Derecho penal, Parte general*, 10ª edición, Reppertor, Barcelona, 2015, p. 354.

⁴⁶ En la jurisprudencia se mantenía que “las conductas del artículo 578 CP son autónomas de la apología del artículo 18 CP, concibiéndolas como una forma de discurso del odio consistente en alabar o justificar las acciones terroristas. Por referencia al delito de apología del artículo 18, parece opinión más autorizada la que considera que la figura del artículo 578 tiene una substantividad propia, distinta y diferente de la apología *strictu sensu* del art. 18 CP.

La apología del artículo 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del artículo 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

En la STS 354/2017, de 17 de mayo, señala que según precisa el Tribunal Constitucional en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, el artículo 578 CP solo "supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades". Añade que la reciente Directiva (UE) 2017/541, tipifica, igualmente, en su artículo 5 la provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo. Y según indica su considerando 10, estos delitos "comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población". Dice el Tribunal Supremo que la norma europea también exige que esas conductas conlleven el riesgo (no concreto sino de aptitud) de que puedan cometerse actos terroristas (F.J.4).

Luego, es necesario que el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos de terrorismo o de sus autores, creen una situación apta, idónea, para que se produzcan dichos ilícitos.

Y la STS 52/2018, de 31 de enero, concluye que el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo tipificado en el artículo 578 CP requiere "que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, incite a otros a cometer delitos de terrorismo" (F.J.5).

Recientemente, la STC 35/2020, de 25 de febrero⁴⁸, reproducía la doctrina sentada en la STC 112/2016, de 20 de junio, incluyendo la exigencia de que las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores, como una manifestación del discurso del odio, conlleve una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Asimismo, transcribe las normas internacionales y la jurisprudencia del TEDH que llevó al Tribunal Constitucional a valorar la existencia de discurso del odio y de incitación a la violencia (F.J.4). No obstante, en

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del artículo 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron". STS 299/2011, de 25 de abril (F.J.10).

⁴⁷ Recoge jurisprudencia anterior relativa a este delito, ALONSO RIMO, A.: "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales", cit., pp. 36 y ss.

⁴⁸ Puede verse un comentario a esta sentencia en, CORRECHER MIRA, J.: "¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo (1)", en *Diario La Ley*, nº 9600, 24 de marzo de 2020, pp. 8 y ss.

este supuesto la concesión del amparo, por violación del derecho a la libertad de expresión, se funda en que la sentencia condenatoria no valoró suficientemente las circunstancias concurrentes, en concreto, la intención comunicativa del recurrente⁴⁹, en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal⁵⁰.

En suma, el enaltecimiento y la justificación públicos de los delitos de terrorismo, o de quienes hayan participado en su ejecución, que tipifica el artículo 578.1 CP, pese a referirse a crímenes odiosos y de gran peligrosidad social, como destaca el Tribunal Constitucional, son susceptibles de castigo con carácter excepcional, y solo cuando inciten, de forma indirecta, a la comisión de actos terroristas.

Pues bien, si para penalizar, excepcionalmente, el enaltecimiento de delitos tan graves se precisa una incitación al menos indirecta a cometerlos, el puro enaltecimiento o exaltación de un régimen político, aunque sea dictatorial, no reviste la lesividad necesaria para excluir la cobertura del artículo 20.1 CE.

5. El enaltecimiento tipificado en el artículo 510.2 CP

Artículo 510.2 CP

“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:... b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

⁴⁹ El recurrente, conocido por el nombre artístico de César Strawberry, publicó a través de la red social Twitter, los siguientes mensajes: “1º El 11 de noviembre de 2013, a las 21:06 horas: “el fascismo sin complejos de Victoria me hace añorar hasta los GRAPO”. 2º El día 27 de enero de 2014, a las 20:21 horas: “a Florián habría que secuestrarle ahora”. El día 30 de enero de 2014, a las 0:23 horas: “Street Fighter, edición post ETA: Florián versus Mateo”. 4º El día 29 de enero de 2014, a las 0:07 horas: “Sixto, Jesús Miguel, Armando, Donato, Héctor... Si no les das lo que a Máximo, la longevidad se pone siempre de su lado”. El 20 de diciembre de 2013, a las 23:29 horas: “Cuántos deberían seguir el vuelo de Máximo”. 6º El día 5 de enero de 2014, a las 23:39 horas: “Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Qué emoción! Otro usuario le dice: “ya tendrás el regalo preparado, ¿no? ¿Qué le vas a regalar? A lo que contesta: “un roscón-bomba””.

⁵⁰ STC 35/2020, de 25 de febrero (F.J.5).

En esta disposición se castiga el enaltecimiento y la justificación públicos de los delitos cometidos contra un grupo o sus integrantes por razones de intolerancia, así como de quienes hayan participado en su ejecución⁵¹.

En realidad, se aparta de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal⁵². En esta norma, se establecía la necesidad de tipificar, entre otras conductas, la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo⁵³.

En cambio, en el artículo 510.2 b) CP se penaliza el ensalzamiento y la justificación de cualesquiera delitos, o de quienes hubieran participado en ellos.

⁵¹ Aboga por despenalizar tanto este tipo como el del artículo 578.1 CP, LEÓN ALAPONT, J.: "Defensa de regímenes totalitarios...", cit., p. 3.

⁵² Fue la LO 1/2015, de 30 de marzo, la que modificó la redacción de este apartado, indicando, en general, que los cambios introducidos en el artículo 510 respondían, por una parte, a la necesidad de adaptar la regulación a la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, y por otra, a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debía ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

⁵³ Artículo 1. Delitos de carácter racista y xenófobo: "1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional".

Por otra parte, no se exige que puedan incitar a la violencia o el odio contra los grupos o sus miembros⁵⁴.

En principio, el tipo se completa con esas conductas, sin necesidad tampoco de crear un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación⁵⁵, puesto que si se da este requisito se agrava la pena, a tenor del párrafo segundo⁵⁶.

En mi opinión, el artículo 510.2 b) CP, no cumple las exigencias de la STC -Pleno- 235/2007, de 7 de noviembre⁵⁷. En ella se afirma que la justificación pública de los delitos de genocidio es punible, en primer lugar, cuando suponga una incitación indirecta a su perpetración, y, en segundo lugar, cuando se busque la provocación al odio hacia determinados grupos, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

En el artículo 510.2 b) CP, párrafo primero, no es necesario siquiera el peligro de crear ese clima, y en el segundo, que recoge el tipo cualificado, no se exige que tal clima pueda propiciar actos concretos de discriminación. Y la falta de estos elementos no se funda en la mayor entidad de los delitos objeto de enaltecimiento o justificación en ese precepto, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional precisó esos requisitos para

⁵⁴ El Consejo General del Poder Judicial en su “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal”, de 16 de enero de 2013, afirmaba que “el matiz que diferencia este supuesto respecto de los contemplados en el artículo 510.1 reside en que el enaltecimiento o justificación no constituyan un medio de fomento incitación o promoción del odio, violencia, hostilidad o discriminación, ni tampoco deben tener capacidad para lesionar la dignidad de las personas, por entrañar humillación, menosprecio o descrédito”. Puede verse un comentario en, MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *La reforma del Código penal de 2015*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 343 y 344.

⁵⁵ Se anticipa la barrera de protección incluso a los llamados “delitos de clima”, que se definen como aquellos consistentes en la realización de manifestaciones dirigidas a una pluralidad de personas objetivamente adecuadas para generar una atmósfera favorable a la comisión futura de determinados hechos delictivos, calificados por Jakobs como una forma del “Derecho penal del enemigo”. Ampliamente, GOMEZ MARTÍN, V.: “Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión”, en *InterseXiones*, nº 4, 2013, pp. 84 y 85.

⁵⁶ Mediante esta norma se iguala el enaltecimiento de todos los delitos contra esos grupos o sus miembros, tanto los de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o de sus autores (art. 510.1 c), como de los demás delitos, o de sus partícipes (art. 510.2 b). ROIG TORRES, M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.)/GÓRRIZ ROYO, E./MATALLÍN EVANGELIO, Á. (Coord.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1271.

⁵⁷ Afirma Portilla Contreras que esta figura es “rotundamente inconstitucional”. PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del «Discurso del odio»”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 748. Asimismo, a partir de esa sentencia, entiende que en los delitos de odio hace falta siempre un peligro cierto derivado de la conducta, CAMARERO GONZÁLEZ, G. en DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.)/ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (Coord.): *Código penal. Comentario y jurisprudencia*, cit., pp. 2794 y ss. Ponen de relieve que se obvia el requisito de creación de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, ALASTUEY DOBÓN, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio...”, cit., p. 16; y, TAPIA BALLESTEROS, P., en GÓMEZ TOMILLO, M./JAVATO MARTIN, A.M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 189 y 190.

la justificación del genocidio⁵⁸. E, igualmente, la citada Decisión Marco se refiere al genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los de guerra.

De todas formas, el estudio de este precepto excede del objeto de este trabajo. Lo que interesa destacar es que en él se castiga de nuevo el enaltecimiento de delitos, particularmente reprochables en tanto se dirigen a colectivos vulnerables o a sus miembros, por motivos discriminatorios. Por eso, el legislador los ha considerado una manifestación del discurso del odio, excluida del artículo 20.1 CE. Pero es evidente que el enaltecimiento o exaltación de una forma de gobierno no se halla entre las declaraciones que, según el Tribunal Constitucional, de modo excepcional, cabe tipificar, extrayéndolas del derecho a la libertad de expresión.

III. JURISPRUDENCIA DEL TEDH

1. Límites a la libertad de expresión en el discurso político

La Corte europea ha reiterado que en el ámbito del debate político no cabe restringir la libertad de expresión, si no se lesionan gravemente otros derechos fundamentales, citando exclusivamente los supuestos de incitación a la violencia y el discurso del odio. Para definir este concepto parte de la Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el discurso del odio y entiende que abarca las expresiones que incitan, promueven, justifican o difunden el odio o la discriminación contra un grupo o sus miembros por motivos de intolerancia, y las que afectan a su dignidad.

Estas declaraciones quedan fuera del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 apartado 1 CEDH y pueden ser sometidas a “formalidades, condiciones, restricciones o sanciones” según el apartado 2⁵⁹. Para ello esta norma precisa tres presupuestos: que esa limitación se prevea en la ley nacional, que concurra

⁵⁸ Puede verse una crítica en, ROIG TORRES, M.: “El «*discurso del odio*» en el sistema norteamericano y europeo. tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 2014, pp. 199 y ss.

⁵⁹ Artículo 10 CEDH. Libertad de expresión: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

uno de los fines legítimos citados en dicho apartado, y que la intervención sea necesaria en una sociedad democrática. Los fines enumerados son los siguientes: protección de la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Para valorar estos factores es necesario atender a los antecedentes históricos del país y a las circunstancias en que se emitieron las expresiones.

Por otra parte, las sentencias del TEDH que avalan condenas por incitación al odio se refieren a sucesos en los que las manifestaciones eran tan graves que, además, inducían a la violencia o la discriminación contra ciertos colectivos o sus integrantes, o atentaban contra su honor. La sentencia del caso *Féret v. Belgium* de 16 de Julio de 2009⁶⁰, establece que la incitación al odio no implica necesariamente actos violentos o delictivos, sino que basta humillar, ridiculizar, o difamar, o incitar a la discriminación, de modo que requiere al menos una ofensa al honor (F.J.73).

Ante todo, la Corte ensalza el valor de la libertad de expresión en una sociedad democrática:

“La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización personal de cada individuo. Con sujeción al apartado 2 del artículo 10, es aplicable no solo a la "información" o "ideas" que se reciban favorablemente o se consideren inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofendan, conmocionen o molesten. Tales son las demandas de ese pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no existe una "sociedad democrática"”.

No obstante, está sujeta a las excepciones del artículo 10, apartado 2 CEDH, que deben interpretarse restrictivamente⁶¹.

En el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés público, esta visión le ha llevado a confirmar las medidas restrictivas adoptadas por los Estados solo en situaciones extraordinarias: confirmó la condena de quien censuró la intervención del ejército turco en la zona del Kurdistán, porque podía incitar a una mayor violencia en la región⁶². También del dirigente de un partido político que distribuyó propaganda electoral

⁶⁰ (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

⁶¹ Caso *Erdogdu and Ince v. Turkey*, de 8 de julio de 1999 (F.J.47). (Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/e3d28c/pdf/>).

⁶² Caso *Sürek v. Turkey*, de 8 de julio de 1999 (F.J.63). (Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/e3d28c/pdf/>).

xenófoba, mostrando a los inmigrantes como personas con intención de delinquir y de aprovecharse de los beneficios obtenidos por los nacionales⁶³; del presidente de una organización salafista radical que instaba a los musulmanes a “luchar” y “dominar” a los no musulmanes⁶⁴; así como del titular de un canal de televisión que apoyó al Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), incluido en la lista de organizaciones terroristas de la Unión Europea⁶⁵.

En cambio, ha declarado que el hecho de que un grupo pida la secesión de una parte del territorio del país, y, por lo tanto, exija cambios constitucionales esenciales, no puede servir de fundamento, ni siquiera para prohibir sus reuniones⁶⁶, salvo que induzca a la violencia o incumpla las normas democráticas⁶⁷. Igualmente, consideró desproporcionada la sanción impuesta al líder de una secta que defendió públicamente la Sharia, rechazando los valores democráticos por ser incompatibles con su concepción del Islam⁶⁸.

Por consiguiente, en el debate político y sobre cuestiones de interés público la Corte europea excluye de la cobertura del artículo 10.1 CEDH, las manifestaciones que incitan a la violencia o que son discurso del odio.

Es patente que para el TEDH la exaltación de una ideología o sistema político está protegida por esa norma, salvo que se haga de forma que se induzca a la violencia o la discriminación. Por otra parte, hay que tener en cuenta que da esta respuesta restrictiva no solo cuando el Estado ha aplicado una sanción penal, sino también si ha adoptado otras medidas (formalidades, condiciones o restricciones), de acuerdo con el artículo 10.2 CEDH, por ejemplo, la prohibición de una reunión o manifestación. De modo que,

⁶³ Caso *Féret v. Belgium* de 16 de Julio de 2009 (F.J.69). (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

⁶⁴ Caso *Belkacem v. Belgium*, de 27 de junio de 2017. (Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf).

⁶⁵ Caso *Roj TV A/S v. Denmark*, de 24 de mayo de 2018. (Disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf?...Decision%20Roj%20TV%20A._S%20v.%20Denmark%20-%20applicant%20company%20may%20not%20benefit%20from%20Art.%2010%20by%20virtue%20of%20Art.%2017.pdf).

⁶⁶ Caso *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001 (F.J.57). (Disponible en: file:///e:/publicaciones/libertad%20de%20expresión/jurisprudencia/stedh/echr_case%20of%20united%20macedonian%20org%20ilinden_others%20v.%20bulgaria_2006_en.pdf).

⁶⁷ Caso *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001 (F.J.90). (Disponible en: file:///e:/publicaciones/libertad%20de%20expresión/jurisprudencia/stedh/echr_case%20of%20united%20macedonian%20org%20ilinden_others%20v.%20bulgaria_2006_en.pdf).

⁶⁸ Caso *Gündüz v. Turkey*, de 14 de junio de 2004 (F.J.22). (Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/74a144/pdf/>).

las posibilidades de limitar la libertad de expresión en el ámbito político o sobre asuntos de interés público son excepcionales, incluso fuera del campo penal.

2. Caso Herri Batasuna y Batasuna contra España

En lo que se refiere a la ilegalización de los partidos políticos el TEDH ha efectuado algunas declaraciones que pudieran empañar la idea que transmite en sus resoluciones de preeminencia de la libertad de expresión sobre los demás derechos, a excepción de las situaciones extremas de promoción de la violencia o la discriminación. En este tema ha conciliado los sistemas muy dispares adoptados por los Estados miembros, de modo que mientras en Alemania, por ejemplo, se puede ilegalizar un partido por motivos ideológicos, en España esta decisión no cabe puesto que el Tribunal Constitucional rechaza de plano el modelo de democracia militante.

La Corte europea recurre a la teoría del estándar mínimo, es decir, el Convenio establece unos mínimos en cuanto a la protección de los partidos políticos, que pueden ser incrementados por los Estados⁶⁹, como sucede en nuestro ordenamiento al no establecerse una democracia militante⁷⁰. De manera, que los partidos políticos no pueden ser ilegalizados por sus ideas ni por sus fines, aunque sean contrarios a los valores democráticos, siempre que se persigan por los cauces constitucionales.

Desde esta perspectiva se entiende la respuesta que el TEDH dio en la sentencia del caso *Herri Batasuna y Batasuna contra España*, de 30 de junio de 2009⁷¹, en la que confirmó la ilegalización de dichos partidos⁷². Para ello reproduce su jurisprudencia al respecto, rechazando que se hubiesen vulnerado los derechos a la libertad de expresión y de asociación (arts. 10 y 11 CEDH) como alegaban los recurrentes:

“... La Corte también reitera que un partido político puede promover un cambio en la ley o en las estructuras legales y constitucionales del Estado con dos condiciones: en primer lugar, los medios utilizados para ese fin deben ser legales y democráticos en todos los aspectos; en segundo lugar, el cambio propuesto debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales. De ello se deduce

⁶⁹ Artículo 53 CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

⁷⁰ Al respecto, IGLESIAS BÁREZ, M.: “La ley de partidos políticos y el test de convencionalidad europeo. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuna y Batasuna”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 2010, pp. 567 y ss.

⁷¹ Caso *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, de 30 de junio de 2009. (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

⁷² SSTC 5/2004 y 6/2004, de 16 de enero.

*necesariamente que un partido político cuyos líderes incitan a la violencia o proponen una política que no respeta la democracia o que tiene como objetivo la destrucción de la democracia y el incumplimiento de los derechos y libertades reconocidos en una democracia no puede reclamar la protección de la Convención contra las sanciones impuestas por esos motivos*⁷³.

Por lo tanto, la Corte admite la posibilidad de ilegalizar partidos políticos que, bien usen medios ilegales o inconstitucionales, o bien propongan fines contrarios a los principios democráticos, lo que en este caso no deja de ser un veto a cierta ideología, si no se pasa al uso de mecanismos prohibidos.

Sin embargo, en España solo cabe la ilegalización de un partido político por los medios empleados, pero no atendiendo a los objetivos que persigue, siempre que su actuación se mantenga dentro de la ley. Únicamente cabe prohibir esos fines, esas ideas, en una democracia militante, en la que hay valores constitucionales que se imponen y no pueden cambiarse⁷⁴. Pero el Tribunal Constitucional ha sido contundente al negar este modelo.

Desde este punto de vista, incluso los partidos que propugnen la instauración de un sistema totalitario tienen cabida en nuestro sistema constitucional y forman parte del pluralismo político, siempre que su actividad se mantenga dentro de la legalidad.

Consecuentemente, la defensa individual de ese régimen goza de la misma tutela (arts. 16.1 y 20.1 CE).

3. Enaltecimiento del terrorismo

En lo que hace a la apología o enaltecimiento del terrorismo el TEDH ha reiterado que resulta justificada una limitación de la libertad de expresión del artículo 10, apartado 1 CEDH, cuando las declaraciones constituyen discurso del odio e incitan a la violencia. Estas conductas suponen un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, que permiten restringir ese derecho según el apartado 2⁷⁵.

⁷³ "(see, *mutatis mutandis*, *Socialist Party and Others*, cited above, §§ 46 and 47; *Partidul Comunistilor (Nepeceeristi) and Ungureanu*, cited above, § 46; *Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 49, ECHR 2002-II; and *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 98)" (F.J.79).

⁷⁴ RODRÍGUEZ, A.: "La declaración de inconstitucionalidad del partido Batasuna y la Convención Europea de Derechos Humanos", en MONTILLA MARTOS, J. A. (Coord.): *La prohibición de partidos políticos*, Universidad de Almería, 2004, p. 171.

⁷⁵ Incluso en los casos más graves inadmite la demanda de acuerdo con el artículo 17 - prohibición del abuso de derecho-:

Así, en el caso *Zana v. Turkey*, de 25 de noviembre de 1997⁷⁶, avaló la condena del solicitante que en una entrevista expresó su apoyo al PKK (F.J.57). El Tribunal tiene en cuenta que la entrevista coincidió con ataques realizados por dicho grupo terrorista contra civiles en el sureste de Turquía (F.J.59). De forma que, podía exacerbar una situación ya explosiva en esa región (F.J.60). En consecuencia, la sanción no vulneró el artículo 10 CEDH (F.J.62).

En el caso *Erdogdu and Ince v. Turkey* de 8 de julio de 1999⁷⁷, estimó la petición de los recurrentes, un editor y un periodista, condenados por publicar una entrevista a un sociólogo en la que hablaba de la influencia del PKK para que los Gobiernos tomaran medidas más serias en orden a reconocer la realidad kurda. La Corte recalca la importancia de la libertad de expresión en todo sistema democrático⁷⁸, pero recuerda que está sujeta a excepciones que deben interpretarse restrictivamente (F.J.47). Donde tales ideas incitan a la violencia contra un individuo, un cargo público o un sector de la población, la autoridad estatal dispone de un amplio margen para limitar la libertad de expresión (F.J.50). En este supuesto entiende que el contenido de la entrevista fue de naturaleza analítica y no inducía a la violencia, por lo que se violó la libertad de expresión de los condenados (F.J.52).

En cambio, en el caso *Sürek v. Turkey*, de 8 de julio de 1999⁷⁹, ratificó la condena del titular de una revista en la que se publicaron dos cartas de lectores, donde censuraban los ataques en el Kurdistán por parte del ejército turco. Teniendo en cuenta la situación, dice la Corte "el contenido de las cartas debe considerarse como capaz de incitar a una mayor violencia en la región inculcando un odio profundamente arraigado e irracional contra los que se consideran responsables de las presuntas atrocidades". "El Tribunal reitera que el mero hecho de que la "información" o las "ideas" ofendan, conmocionen o perturben no es suficiente para fundar esa interferencia. Sin embargo, el demandante

"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo".

⁷⁶ (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

⁷⁷ Caso *Erdogdu and Ince v. Turkey*, de 8 de julio de 1999 (F.J.54). (Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/e3d28c/pdf/>).

⁷⁸ "La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización personal de cada individuo. Con sujeción al apartado 2 del artículo 10, es aplicable no solo a la "información" o "ideas" que se reciban favorablemente o se consideren inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofendan, conmocionen o molesten. Tales son las demandas de ese pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no existe una "sociedad democrática" (F.J.47).

⁷⁹ (Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/e3d28c/pdf/>).

proporcionó una vía para avivar el odio y la violencia” (F.J.63). Por consiguiente, se cumplieron los presupuestos del artículo 10.2 CEDH (F.J.64).

En el caso *Halis Doğan c. Turquei*, de 7 de febrero de 2006⁸⁰, revisó la pena impuesta al propietario del diario donde se incluyeron artículos sobre la lucha armada del PPK en el Kurdistán. Confirma que la condena persiguió varios objetivos legítimos, a saber, el mantenimiento de la seguridad nacional y la protección de la integridad territorial, así como la defensa del orden y la prevención del delito, en el sentido del artículo 10.2 (F.J.31). El contenido de los artículos incita al uso de violencia, resistencia armada o levantamiento; este es, en opinión del Tribunal, un elemento esencial a tener en cuenta (F.J.35). La injerencia fue legítima según el artículo 10.2 CEDH.

En el caso *Leroy c. France*, de 2 de octubre de 2008⁸¹, confirmó la sanción del solicitante como cómplice de apología del terrorismo, por publicar en un semanario político de la izquierda abertzale, con sede en Bayona, el día del atentado de las Torres Gemelas de EEUU, un dibujo de las torres derrumbándose, bajo el epígrafe “Todos lo soñamos... Jamás lo hizo”. La Corte considera que la medida cumplió varios objetivos legítimos, teniendo en cuenta la naturaleza sensible de la lucha contra el terrorismo y la necesidad de que las autoridades vigilen los actos que puedan aumentar la violencia, a saber, el mantenimiento de la seguridad pública, así como la protección del orden y la prevención del delito, en el sentido del artículo 10.2 (F.J.36). Confirma que el hecho causó reacciones que podrían provocar violencia y alterar el orden público (F.J.45).

En el caso *Bahçeci et Turan c. Turquie*, de 16 de junio de 2009⁸², estimó el recurso de los recurrentes, sospechosos de pertenecer al PKK, por difundir propaganda contra la unidad de la Nación turca. Observa que el mensaje sancionado no reclamaba el uso de la violencia, la resistencia armada, ni el levantamiento, y que tampoco era un discurso de odio, que a los ojos de la Corte es el elemento esencial a tener en cuenta (F.J.31).

Por lo tanto, según el TEDH las declaraciones relacionadas con el terrorismo quedan fuera del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 CEDH cuando incitan al uso de violencia, resistencia armada o levantamiento; “este es, en opinión del Tribunal, un elemento esencial a tener en cuenta”. En esas situaciones concurren objetivos lícitos para la intervención de los enumerados en el artículo 10.2 CEDH, en concreto, el mantenimiento de la seguridad nacional, la protección de la integridad territorial, la defensa del orden y la prevención del delito. También en este ámbito el Tribunal insiste en que el mero hecho de que la “información” o las “ideas” ofendan, conmocionen o perturben, no es suficiente para fundar esa interferencia.

⁸⁰ (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

⁸¹ (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

⁸² (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

Así pues, incluso en los casos de enaltecimiento del terrorismo la Corte avala el castigo solo en situaciones extremas de incitación a la violencia.

IV. LA EXALTACIÓN DEL NACIONALSOCIALISMO EN ALEMANIA: UNA MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. «Democracia militante»

En Alemania algunos valores de la Ley Fundamental sí se consideran inquebrantables. En concreto, el artículo 21 declara inconstitucionales los partidos que, no solo por la actividad de sus miembros, sino también por los objetivos que persiguen tienden a desvirtuar o eliminar el régimen de libertad y democracia, o ponen en peligro la existencia de la República Federal de Alemania⁸³. Es decir, se les veta por sus ideas, aunque no se plasmen en actos ilegales. Por eso se dice que es un formato de democracia “militante”⁸⁴ (*streitbare Demokratie*, o *wehrhaften Demokratie*), en la que se impide el recurso a los resortes que la misma ofrece para tratar de acabar con ella⁸⁵. A diferencia de nuestro país, no se permite a los partidos ni mantener ese ideario, ni intentar cambiar los principios establecidos a través de los procedimientos constitucionales. No es de extrañar este enfoque, teniendo en cuenta que La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), fue promulgada el 23 de mayo de 1949, poco después de la barbarie vivida durante el mandato de Hitler.

⁸³ Artículo 21 -Partidos políticos- de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), promulgada el 23 de mayo de 1949: (1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio. (2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus militantes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. (3) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus militantes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, quedarán excluidos de la financiación estatal. En caso de que se verifique su exclusión, también se suprimirán los beneficios fiscales y las asignaciones para estos partidos.

⁸⁴ CAMARERO GONZÁLEZ, G. en GARCÍA, A. (Dir.)/ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (Coord.): *Código penal. Comentario y jurisprudencia*, cit., p. 2794; y, ROSENFELD, M.: “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”, en *Cardozo Law School*, nº 41, 2001, p. 40. (Disponible en: <http://papers.ssrn.com>).

⁸⁵ Junto al artículo 21 de la Ley Fundamental, hay otros preceptos que responden a ese modelo de “democracia militante”, como los artículos 9.2, que prohíbe la creación de asociaciones cuyos fines sean contrarios a las leyes penales o vayan contra el orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos, y el artículo 18 que prevé la privación de derechos fundamentales a quien abuse de las libertades constitucionales con el objetivo de combatir el orden constitucional liberal y democrático. BILBAO UBILLOS, J.M.: “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”, en *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008, pp. 19 y ss.

Pues bien, resulta significativo que en este sistema en el que se atajan las iniciativas contrarias al sistema político actual y a los principios democráticos, sin embargo, no se penaliza la exaltación del nacionalsocialismo. Se entiende que forma parte de la libertad de expresión proclamada en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental y que las autoridades sólo deben intervenir cuando se pongan en peligro bienes jurídicos.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alemán⁸⁶:

“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”.

“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 artículo 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”.

Por lo tanto, la dignidad tiene preeminencia plena sobre los demás derechos fundamentales, pero dentro de ellos la libertad de expresión ocupa una posición de supremacía en la medida en que contribuye a la formación de la opinión pública y, por eso, es la base de las demás libertades. En ella, tienen cabida todas las opiniones, con independencia de que sean verdaderas o falsas, justificadas o infundadas, emocionales o racionales, de que sean consideradas valiosas o inútiles, peligrosas o inofensivas⁸⁷. Y,

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de enero de 1958 (BVerfGE 7, 198 (1958)). (Disponible en: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=15.01.1958&Aktenzeichen=1%20BvR%20400%2F51>).

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 2018 (1 BvR 673/18). (Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622_1bvr067318.html).

en concreto, la difusión de la ideología nacionalsocialista está incluida en la esfera de protección del artículo 5.1 de la Ley Fundamental⁸⁸.

2. Glorificación de la violencia y arbitrariedad nacionalsocialista

El § 130 StGB⁸⁹: “Incitación del pueblo” (*Volksverhetzung*) dispone⁹⁰:

4) Será castigado con pena de prisión de hasta tres años, o con multa, 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, glorificar o justificar la violencia o la arbitrariedad del régimen nacionalsocialista.

Como se ve, no se castiga la aprobación, glorificación y justificación en público del nacionalsocialismo, sino de la violencia y arbitrariedad que llevó a cabo.

Además, es necesario que la conducta perturbe la paz pública y lesione la dignidad de las víctimas

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que para perturbar la paz pública no basta el choque emocional que puede ocasionar en los oyentes la proclamación de esas ideas. Hace falta un peligro cierto para la convivencia externa.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2009⁹¹ se pronuncia en ese sentido:

“Las injerencias en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental, no tienen por objetivo proteger contra los efectos puramente mentales de ciertas expresiones de opinión. La intención de impedir declaraciones con contenidos dañinos o peligrosos en su repercusión espiritual infringe el principio de libertad de expresión en sí mismo y es

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 de noviembre de 2011 (BVerfG 1 BvR 461/08). (Disponible en: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/1-bvr-461-08.php>).

⁸⁹ Puede verse un comentario a esta disposición en, ROIG TORRES, M.: “El «discurso del odio» en el sistema norteamericano y europeo...”, cit., pp. 172 y ss. También alude a esta norma, GARRO CARRERA, E.: “Los discursos de odio en el ordenamiento penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E (Coord.): *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27 y ss.

⁹⁰ La doctrina considera que el bien jurídico protegido en el § 130 StGB es el interés general en asegurar una vida pacífica en común dentro del Estado, junto a los bienes jurídicos individuales de los miembros de la parte de la población afectada, principalmente el derecho a vivir en paz en sociedad, con especial respeto a su integridad. Asimismo, en los apartados 1 y 2 se tutela la dignidad de las personas en particular. FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, Verlag. C.H. Beck, München, 2012, p. 948; KÜHL, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, Verlag. C.H. Beck, München, 2011, p. 688; y, SATGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 900.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4 de noviembre de 2009 (BVerfG 1 BvR 2150/08). (Disponible en: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/1-bvr-2150-08.php>).

ilegítima...”

“El legislador ha fundado el § 130.4 StGB en la protección de la paz pública⁹²... Esto es constitucionalmente sostenible. Sin embargo..., el concepto de paz pública debe basarse en una interpretación restrictiva. No es defendible, para justificar la injerencia en la libertad de expresión, una interpretación de la paz pública que tenga por objeto la protección de la intranquilidad subjetiva de los ciudadanos por la confrontación con opiniones e ideologías de provocación y el respeto de ciertos puntos de vista fundamentales, sociales o éticos. La perturbación que provoca 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 libre⁹³.”

“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 pacífica⁹⁴.”

La perturbación de la paz pública requerida en el § 130.4 StGB implica la creación de un riesgo de que se desencadenen infracciones y se altere la convivencia pacífica.

⁹² La paz pública ha sido concebida en la doctrina 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. HEFENDEHL, R.: “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en HEFENDEHL, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 186. Critica que mediante esa concepción se tutelan sentimientos, HÖRNLE, T.: “La protección de sentimientos en el StGB”, en HEFENDEHL, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico...*, cit., pp. 386 y 387.

⁹³ Puede verse un comentario sobre esta concepción en, STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Auflage, Verlag. C.H. Beck, München, 2019, p. 1552.

⁹⁴ En igual dirección, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 2018 (1 BvR 673/18). (Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622_1_bvr067318.html).

Respecto a la ofensa de la dignidad de las víctimas que precisa el tipo, el Tribunal Constitucional entiende que se produce cuando se realizan las conductas típicas y se perturba la paz pública, dadas las atrocidades que se glorifican y apoyan:

“La estructura del § 130.4 StGB pretende proteger la paz pública entendida como «tranquilidad del debate público». Define los actos sancionados como la aprobación, la glorificación y la justificación del violento y arbitrario régimen nacionalsocialista”.

“Por lo tanto, 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...”.

El Tribunal Constitucional concluye que no se comete el delito simplemente por apoyar la ideología nazi:

“Por el contrario, no se da la base del delito cuando alguien simplemente no acepta ciertos acontecimientos o muestra 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”.

Por consiguiente, no se castiga el ensalzamiento del nacionalsocialismo, sino de la violencia y arbitrariedad que ejerció, cuando se haga públicamente o en una reunión, de modo que cree el riesgo de provocar enfrentamientos y alterar la convivencia pacífica. Como señala el Tribunal Constitucional, 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.

Se advierte así un tratamiento distinto al que se adopta respecto a los partidos políticos. En este caso sí pueden tratar de acabar con el régimen democrático y, por eso, se prohíben *ex ante*, aunque no realicen acciones encaminadas a destruirlo. En cambio, el ensalzamiento del nazismo es atípica, e incluso el de los crímenes que cometió. Sólo cuando en este último supuesto se perturbe la paz pública la conducta será punible, pero no por manifestar ideas favorables a ese sistema totalitario, lo que forma parte de la libertad de expresión, sino por afectar a la convivencia externa.

3. Uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales

§ 86 a StGB: “Uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales” (*Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen*):

1º. *Será sancionado con prisión de hasta tres años o con una multa quien:*

1) *Divulgue dentro del territorio nacional signos distintivos de uno de los partidos o asociaciones recogidos en los apartados 1, 2 y 4 del nº 1 del § 86 StGB o los utilice públicamente, en una reunión o en escritos difundidos por él mismo (§ 11 apartado 3) o,*

2) *Produzca, almacene, importe o exporte artículos que representen esos signos o los contengan, para su distribución o uso en Alemania o en el extranjero de la manera especificada en el número 1 anterior.*

2º. *Signos en el sentido del apartado 1 son, en particular, banderas, distintivos, piezas de uniformes, lemas y saludos. Se asimilan a los signos mencionados en el apartado 1 aquellos que sean confusamente similares.*

3º. *Rige el § 86 apartados 3º y 4º en lo que corresponda.*

En esta norma se tipifica el uso, en público o en una reunión, de símbolos de partidos o asociaciones inconstitucionales⁹⁵.

Ahora bien, lo que se castiga no es el ensalzamiento del partido u organización prohibidos, a través de esos símbolos, sino la mera utilización, incluso por parte de personas contrarias a esa ideología, y aun si los utilizan para criticar a una persona tachándola, por ejemplo, de “nazi”. Así sucedió en el supuesto enjuiciado en la sentencia del TEDH del caso *Hans Burkhard Nix v. Germany*, de 13 de marzo de 2018⁹⁶. En este asunto, el recurrente había publicado en su blog de internet una imagen de Himmler con una esvástica con el fin de criticar a un representante de la Oficina de empleo que, a su juicio, trataba de orientar a su hija de 18 años, de origen nepalés, hacia la formación profesional, realizando una política discriminatoria respecto a los estudiantes inmigrantes.

Con esta norma, según el Tribunal Constitucional, se pretende evitar la resurrección simbólica de esas organizaciones y de sus aspiraciones⁹⁷, así como evitar la impresión

⁹⁵ El supuesto típico más común es el uso de la esvástica, SATGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 903.

⁹⁶ (Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>).

⁹⁷ “El § 86 a StGB tiene como finalidad evitar tanto la resurrección simbólica de determinadas organizaciones..., como de las aspiraciones de dichas asociaciones. Con este propósito, el uso de los símbolos de estas organizaciones es punible. En este contexto, el § 86 a StGB, como un delito de peligro abstracto, sanciona el riesgo que supone la apariencia externa de usar un signo. Por otro lado, no importa si se emplea precisamente con la voluntad de apoyar a la organización que representa... De esta forma, la norma prohíbe utilizar tales símbolos fundamentalmente en la vida

de que en Alemania ha habido una evolución política contraria al Estado de Derecho, donde se toleran los objetivos inconstitucionales de las organizaciones representadas por los símbolos⁹⁸. El Tribunal habla de la existencia de un “tabú comunicativo”, lo que supone que se prohíbe la mera exhibición de esos signos y se refiere abiertamente a la ideología nazi⁹⁹.

Pero es difícil que la mera muestra en una reunión de una esvástica, por ejemplo, encierre el peligro de que se creen nuevas organizaciones nazis, o de que la sociedad tenga la sensación de que sus fines se admiten en Alemania. Por otra parte, el tipo no requiere la puesta en peligro de la paz pública, a diferencia del § 130.4 StGB, ni ningún otro requisito añadido.

Por eso, tanto en la doctrina¹⁰⁰, como en la jurisprudencia¹⁰¹, se entiende que con esta disposición se persigue una ruptura definitiva de la sociedad alemana actual con su pasado atroz, al que todavía hoy se le asocia en el orden mundial.

Me parece gráfico el argumento utilizado por la Corte europea en la citada sentencia del caso *Hans Burkhard Nix v. Germany*, en la que atribuye una obligación moral especial a Alemania de distanciarse de esa época, e interpreta que este precepto

política en la República Federal de Alemania y crea así un tabú comunicativo”. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de junio de 2006 (1BvR 150/03). (Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rk20060601_1bvr015003.html).

⁹⁸ “El objeto de protección del § 86 a StGB consiste en la prevención del resurgimiento simbólico de ciertas organizaciones, expresado mediante el uso de algún símbolo, así como el resurgimiento simbólico de las aspiraciones de tales organizaciones. En este contexto, el § 86 a StGB, como delito de peligro abstracto, evita el riesgo que es inherente al uso externo de esos signos.

No es necesario que exista la voluntad de apoyar a la organización que representa el símbolo. Por lo tanto, la norma básicamente destierra ciertos signos característicos de la imagen de la vida política y establece así un “tabú comunicativo”. Debería evitarse en la República Federal de Alemania, la apariencia de una evolución política contraria al Estado de Derecho, donde las aspiraciones anticonstitucionales que representan los símbolos prohibidos sean toleradas...”. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de mayo de 2009 (BVerfG 2 BvR 2202/08). (Disponible en: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/2-bvr-2202-08.php>).

⁹⁹ Sobre la necesidad de frenar estos símbolos en Alemania, FRIESEL, E.: “Juden-Hass gestern und heute: Ein historischer Blick auf 130 Jahre judeophobische Feindseligkeit”, en MEIBAUER, J. (H.G.): *Hassrede/Hate Speech. Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion*, Gießener Elektronische Bibliothek, 2013, pp. 17 y ss. (Disponible en: http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2013/9251/pdf/HassredeMeibauer_2013.pdf); y, SCHWARZ-FRIESEL, M.: “Dies ist kein Hassbrief - sondern meine eigene Meinung über Euch!” - Zur kognitiven und emotionalen Basis der aktuellen antisemitischen Hassrede”, en MEIBAUER, J. (H.G.): *Hassrede/Hate Speech...*, cit., pp. 143 y 144.

¹⁰⁰ Sobre esta doctrina, HORSCH, A.: “Das Bundesverfassungsgericht, die Ähnlichkeit im Sinne des § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB oder: Zeit für die Entdeckung der Lebenswirklichkeit”, en *Juristische Rundschau*, Heft 3/2008, p. 100.

¹⁰¹ Se refiere a esa jurisprudencia, STEGBAUER, A.: “The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code”, en *German Law Journal*, vol. 8, 2007, p. 175. (Disponible en: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/9C27FD4AFAC94347A3F04EE17C9E5DCD/S2071832200005496a.pdf/ban_of_rightwing_extremist_symbols_according_to_section_86a_of_the_german_criminal_code.pdf).

persigue esa finalidad, otorgando una importante función a los “observadores extranjeros”, es decir, a la imagen que Alemania proyecta en el exterior:

“A la luz de su papel y experiencia histórica, puede considerarse que los Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial para distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los nazis. El Tribunal considera que la opción del legislador de sancionar penalmente el uso de los símbolos nazis, prohibir la utilización de tales signos en la vida política alemana, mantener la paz política (teniendo también en cuenta la percepción de los observadores extranjeros) e impedir la reactivación de los símbolos nazis debe concebirse como una forma de oponerse a esos antecedentes” (F.J.47).

En definitiva, se castiga una conducta por motivos enteramente distintos a los de impedir el ensalzamiento o elogio de la dictadura de Hitler, u homenajes a este dictador.

Pues bien, si en un país donde se vivió una barbarie de tal envergadura no se sanciona penalmente el enaltecimiento del nacionalsocialismo, ni siquiera de los crímenes que cometió, salvo que se ponga en peligro la paz pública, dando prevalencia a la libertad de expresión¹⁰², me resulta inasumible que en nuestro ordenamiento se pretenda penalizar la mera exaltación del franquismo, o de cualquier otro régimen dictatorial. Esas opiniones pertenecen a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), al igual que las de quienes, por el contrario, censuramos esos sistemas totalitarios.

V. CONCLUSIONES

La apología y exaltación del franquismo no puede castigarse como discurso del odio, ni siquiera adoptando el concepto amplio que el Tribunal Constitucional dio en la sentencia 177/2015, de 22 de julio, con el fin de mantener la condena por injurias

¹⁰² El Tribunal Constitucional considera la libertad de expresión base de las demás libertades: “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”. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de enero de 1958 (BVerfGE 7, 198 (1958)). (Disponible en: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=15.01.1958&Aktenzeichen=1%20BvR%20400%2F51>).

agravadas del artículo 490.3 CP impuesta por la Audiencia Nacional a quienes quemaron en público una fotografía de los Reyes. Tradicionalmente, siguió la definición del TEDH, incluyendo en el discurso del odio aquellas expresiones que fomentan el odio, la discriminación o la violencia contra grupos o sus miembros por razones de intolerancia, y las que atentan contra su honor. Sin embargo, en esa resolución el Tribunal Constitucional añadió la conducta de quien fomenta “el rechazo y la exclusión de la vida política” de ciertas personas, y en concreto de los Monarcas. Parte de la STEDH del caso *Otegi Mondragon c. España*, de 2011, donde la Corte estableció que la mayor protección del honor de los Reyes prevista en el artículo 490.3 CP es contraria al CEDH. Además, destacó que en el ámbito del debate político solo cabe restringir la libertad de expresión cuando las manifestaciones son discurso del odio o incitan a la violencia. Por eso, el Tribunal Constitucional no funda la condena en el carácter injurioso del acto, como hizo la Audiencia Nacional en las sentencias condenatorias de 2008, sino que introduce un argumento novedoso y afirma que la quema del retrato era una forma de discurso del odio e incitó a la violencia contra los Reyes. Pero el TEDH negó que ese acto tenga encaje en esta figura y condenó a España a indemnizar a los recurrentes por vulnerar su derecho a la libertad de expresión (sentencia del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018).

Por otra parte, de la jurisprudencia constitucional se desprende que esas conductas están amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20.1 CE.

La STC 214/1991, de 11 de noviembre, estableció que las manifestaciones favorables al nacionalsocialismo y a sus actuaciones, es decir, a una dictadura y a los delitos que cometió, pertenecen a la libertad de expresión, en relación con la libertad ideológica.

La STC 176/1995, de 11 de diciembre, reiteró esa postura, afirmando que las opiniones que ataquen al propio sistema democrático están cubiertas por el artículo 20.1 CE, porque la Constitución protege también a quienes la niegan.

Después en la STC -Pleno- 235/2007, de 7 de noviembre, se pronunció sobre las declaraciones relativas a los delitos de genocidio. Como premisa establece que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. En consecuencia, la libertad de expresión no puede restringirse porque se utilice para difundir ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Norma Fundamental. Y añade que cuando se trata de la alusión a hechos históricos, ese derecho encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o

humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables.

Por eso, concluye que la mera negación pública de los delitos de genocidio está amparada por el artículo 20.1 CE. Y en el caso de la justificación pública de esos ilícitos, admite su punición únicamente cuando suponga una incitación, aunque sea indirecta, al genocidio, o si crea un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación contra ciertos grupos o sus miembros.

Pero subraya que la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo está plenamente amparada por el artículo 16 CE, en relación con el artículo 20 CE.

Incluso se puede tratar de implantar esas ideas, aunque sean contrarias a los valores que hoy recoge la Constitución, siempre que se haga por los procedimientos previstos en ella. Por ejemplo, cabe reformarla para establecer una República. No obstante, instituir una dictadura por esos cauces es una *contradictio in terminis*. Pero su exaltación es una forma de adhesión ideológica plenamente amparada, según el Tribunal Constitucional, por la libertad ideológica y la libertad de expresión.

La STC 126/2009, de 21 de mayo, aplicaba esta doctrina a los partidos políticos y negaba la posibilidad de disolverlos, cualquiera que sea su ideología; pensemos, por ejemplo, en los de tendencia neonazi. Sólo cabrá extraerlos del debate político si para defender esas ideas utilizan la violencia o actúan al margen de los procedimientos democráticos, es decir, si infringen la legislación. El Tribunal afirma que en nuestro ordenamiento no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o sus fundamentos, ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden. Dichos medios, sin embargo, si son violentos, serán inaceptables en cuanto tales, pero sin perjuicio alguno para la ideología a la que pretendan servir. En definitiva, lo que se rechaza son los mecanismos empleados, pero el ideario, por repudiable que nos resulte, pertenece a la libertad ideológica y su exposición a la libertad de expresión. Esta doctrina fue refrendada por la STC -Pleno- 42/2014, de 25 de marzo.

La STC 12/2008, de 29 de enero, es un claro ejemplo de esa concepción, al reconocer la legalidad de los grupos políticos que propugnan tesis feministas o machistas. Precisamente, esta concepción patriarcal trata de erradicarse con medidas legales, incluso de carácter penal. Pero el Derecho solo puede intervenir cuando se concrete en hechos prohibidos.

Me parece evidente que, de acuerdo con estas sentencias, la exaltación, el hecho de realzar¹⁰³ un régimen dictatorial, pertenece al núcleo esencial de la libertad de expresión del artículo 20.1 CE. Únicamente cuando se rebase esa glorificación y se realicen actos contrarios a la ley podrá restringirse este derecho fundamental. En el orden penal, especialmente, cuando se cumplan los presupuestos del artículo 510 CP.

En este sentido, incluso en el delito de enaltecimiento o justificación pública de los delitos de terrorismo castigado en el artículo 578 CP, el Tribunal Constitucional ha exigido “una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión”. Y esa situación de riesgo la ha interpretado como incitación indirecta a cometer delitos de esa índole (STC 112/2016, de 20 de junio y 35/2020, de 25 de febrero).

Siguiendo esos principios, el Tribunal Supremo ha variado su postura y en los últimos años requiere que el enaltecimiento o la justificación cree un contexto apto para incitar de un modo indirecto a la realización de delitos de terrorismo (SSTS 34/2017, de 17 de mayo y 52/2018, de 31 de enero)¹⁰⁴.

Desde luego, si en delitos tan “odiosos” el Tribunal Constitucional admite de modo excepcional su punición, por su peligrosidad social, exigiendo, además, que las conductas constituyan discurso del odio y favorezcan esos actos delictivos, me parece inconcebible plantearse la constitucionalidad de la mera exaltación del franquismo, que obviamente no es un delito, sino un régimen político, eso sí, no democrático sino totalitario. Como dice el Tribunal Constitucional, “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan”. “Nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana”.

Creo que queda claro que la exaltación del franquismo y los homenajes al dictador por parte de sus adeptos, han de seguir perteneciendo a la libertad de expresión, al igual

¹⁰³ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “exaltar” significa 1. tr. Elevar a alguien o algo a gran auge o dignidad. 2. tr. Realzar el mérito o circunstancias de alguien. 3. tr. Avivar o aumentar un sentimiento o pasión. 4. prnl. Dejarse arrebatar de una pasión, perdiendo la moderación y la calma.

¹⁰⁴ Entendían que tras la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que exige una incitación indirecta al delito, el artículo 578 CP absorbería los delitos de favorecimiento del párrafo segundo del artículo 579.1 CP, CUERDA ARNAU, M.: “Terrorismo y libertades políticas”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 3, 2008, pp. 82 y ss; y, PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del «Discurso del odio»”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, cit., p. 750.

que el ensalzamiento o la censura de cualquier otra forma de gobierno, aunque sea autocrático.

De la misma manera, la apología es según el Diccionario de la RAE un “discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”. Continúa estando, por tanto, dentro de los márgenes de ese derecho fundamental.

Según el artículo 18.2 CP para que la apología sea punible es necesario que de modo público se expresen “ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezca a su autor”. Además, solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. En este punto hay unanimidad en que ha de incitarse a delitos concretos, sin que baste con mover a delinquir. Como dicen Cobo del Rosal y Vives Antón, “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”¹⁰⁵.

Para empezar la apología del franquismo, no lo es ni de un crimen ni de su autor. Por lo tanto, queda excluida del campo de aplicación del artículo 18.2 CP. Entonces, se entra ya en el plano hipotético de conductas distintas de las anunciadas por el Grupo Parlamentario Socialista, al hacer pública su intención de convertir en delito esa acción.

Para calificar como delito la apología conforme a esa norma, sería necesario el ensalzamiento de crímenes concretos cometidos por Franco, o el enaltecimiento de este dictador, y que, además, por la naturaleza y circunstancias de esas declaraciones constituyeran una incitación directa a cometer esos delitos. Estamos ante algo distinto al propósito que el citado Grupo dio a conocer a través de los medios de comunicación.

Como decía su representante, “en democracia no se homenaja a dictadores ni tiranos”. Pues bien, en el terreno ético estoy plenamente de acuerdo en que ningún dictador es merecedor de elogios, sino de críticas, en la medida en que impone su voluntad a la del pueblo, que siempre y en todo caso ha de poder elegir a sus gobernantes por los cauces democráticos.

Pero jurídica y penalmente, hasta ahora ha primado y debe seguir primando la libertad de expresión en la discusión política, y habremos de soportar una y otra parte, quienes defendemos la democracia, y las personas partidarias de un sistema totalitario, incluido el franquismo, las ideas contrarias, aunque no las compartamos e incluso nos causen indignación¹⁰⁶. Así nos lo marca la Constitución y el Tribunal Constitucional.

¹⁰⁵ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 725, cita 59.

¹⁰⁶ Como decía Stuart Mill, incluso en el caso en que la opinión recibida de otras generaciones contuviera la verdad y toda la verdad, si no puede ser discutida vigorosa y lealmente, se la

El Grupo Socialista y el propio Tribunal Constitucional apuntan que estas conductas se castigan en otros países. Sin embargo, en Alemania, donde se sufrió de un modo atroz la inhumanidad propia de la autocracia, se mantiene que la difusión de tesis autoritarias pertenece a la libertad de expresión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R.: "Opiniones constitucionales", en *InDret*, 1/2018.

ALASTUEY DOBÓN, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, nº 8245, 2014.

ALONSO RIMO, A.: "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 4, 2010.

BALDA MEDARDE, M.J.: "Sobre la libertad de expresión", Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.

BERNAL DEL CASTILLO, J.: "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, 2018.

BILBAO UBILLOS, J.M.: "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", en *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008.

CAMARERO GONZÁLEZ, G., en DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.)/ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (Coord.): *Código penal. Comentario y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2018.

CAMPOS MORENO, J.C.: "Actos preparatorios punibles", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 39, 1994.

CANCIO MELIÁ, M.: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010.

CARBONELL MATEU, J.C.: "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal", *La libertad de Expresión y el Derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993. (Disponible en: http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/2_LAS-LIBERTADES-DE-INFORMACION.pdf).

CARBONELL MATEU, J.C.: "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal", en *Estudios Penales y*

profesará como una especie de prejuicio, sin comprender o sentir sus fundamentos racionales. STUART MILL, J.: *Sobre la libertad*, Aguilar, Madrid, 1972, p. 66. (Disponible en: <https://ldeuba.files.wordpress.com/2013/02/libro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf>).

Criminológicos, nº 18, 1994-1995. (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104173>).

CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CARBONELL MATEU, J.C.: “Crisis del garantismo penal y papel de los penalistas”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M./BARQUÍN SANZ, J./BENÍTEZ ORTÚGAR, I.F./JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. D. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2018.

CARBONELL MATEU, J.C.: “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M^o Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

COLOMER BEA, D.: “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 41, 2019. (Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13969>).

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COMAS D’ARGEMIR, M.: “Conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.

CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2012.

CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

CORRECHER MIRA, J.: “Límites penales a la libertad de expresión. Sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 39, 2019.

CORRECHER MIRA, J.: “¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo (1)”, en *Diario La Ley*, nº 9600, 24 de marzo de 2020.

CUERDA ARNAU, M.L.: “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 56, 1999.

CUERDA ARNAU, M.L.: “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007.

CUERDA ARNAU, M.L.: “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas, en *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº 128, 2007.

CUERDA ARNAU, M.: “Terrorismo y libertades políticas”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 3, 2008.

CUERDA ARNAU, M.L.: “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 13, 2013.

CUERDA ARNAU, M.L., en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C./CUERDA ARNAU, M.L./BORJA JIMÉNEZ, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 58, 1996.

DÍAZ VALCÁRCEL, R.: “La libertad de expresión. Apariencia y realidad”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “El discurso de odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia (debilitada). Un (modesto y sentido) homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares”, en *Foro FICP*, 2018-3. (Disponible en: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2018/11/D%C3%ADaz-y-G.-Conlledo.-Principio-de-lesividad-u-ofensividad-homenaje-Quintero-Foro-FICP.pdf>).

DOPICO, J.: “Desconciertos de Brandemburgo”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.

FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, Verlag. C.H. Beck, München, 2012.

FUENTES OSORIO, J.L.: “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, 2017.

FRIESEL, E.: “Juden-Hass gestern und heute: Ein historischer Blick auf 130 Jahre judeophobic Feindseligkeit”, en MEIBAUER, J. (H.G.): *Hassrede/Hate Speech. Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion*, Gießener Elektronische Bibliothek, 2013. (Disponible en: http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2013/9251/pdf/HassredeMeibauer_2013.pdf).

GALÁN MUÑOZ, A.: “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?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2018.

GARCÍA ARÁN, M.: “De las reformas bienintencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio”, en MORALES PRATS, F./ TAMARIT SUMALLA, J.M./GARCÍA ALBERO, R. (Coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

GARRO CARRERA, E.: “Los discursos de odio en el ordenamiento penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E (Coord.): *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GOMEZ MARTÍN, V.: “Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión”, en *InterseXiones*, nº 4, 2013.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xurídica Galega*, nº 38, 2003. (Disponible en: <http://rexurga.net/pdf/COL102.pdf>).

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

HEFENDEHL, R.: “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en HEFENDEHL, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, H.: “Soberanía y responsabilidad internacional”, en CARBONELL, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/CUERDA ARNAU, M.L. (Coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

HÖRNLE, T.: “La protección de sentimientos en el StGB”, en HEFENDEHL, R. (Ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

HORSCH, A.: “Das Bundesverfassungsgericht, die Ähnlichkeit im Sinne des § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB oder: Zeit für die Entdeckung der Lebenswirklichkeit”, en *Juristische Rundschau*, Heft 3/2008.

IGLESIAS BÁREZ, M.: “La ley de partidos políticos y el test de convencionalidad europeo. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuna y Batasuna”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 2010.

KÜHL, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, Verlag. C.H. Beck, München, 2011.

LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010.

LAURENZO COPELLO, P. “Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LEÓN ALAPONT, J.: “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, en *Diario La ley*, nº 9572, 12 de febrero de 2020.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *La reforma del Código penal de 2015*, La Ley, Madrid, 2015.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 9, 1988.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: “Aplastar a una serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000.

MIRA BENAVENT, J.: “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, A./CUERDA ARNAU, M.L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MIR PUIG, S.: *Derecho penal, Parte general*, 10^a edición, Reppertor, Barcelona, 2015.

MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2016.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 20^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTS BERENGUER, E.: “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 18, 1982.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del «Discurso del odio»”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

REBOLLO VARGAS, R: *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

REVENGA SÁNCHEZ, M.: “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015.

RODRÍGUEZ, A.: “La declaración de inconstitucionalidad del partido Batasuna y la Convención Europea de Derechos Humanos”, en MONTILLA MARTOS, J. A. (Coord.): *La prohibición de partidos políticos*, Universidad de Almería, 2004.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 12, 2014.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROIG TORRES, M.: “El «discurso del odio» en el sistema norteamericano y europeo. tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 2014.

ROIG TORRES, M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.)/GÓRRIZ ROYO, E./MATALLÍN EVANGELIO, Á. (Coord.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ROIG TORRES, M.: *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio». Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Constitucional alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ROSENFELD, M.: “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”, en *Cardozo Law School*, nº 41, 2001. (Disponible en: <http://papers.ssrn.com>).

SÁEZ VALCÁRCEL, R.: “La libertad de expresión”, Límites a la libertad de expresión, en *Boletín Jueces y Jueces para la Democracia*, mayo de 2018.

SÁEZ VALCÁRCEL, J.R.: “Apología del terrorismo, libertad de expresión y libertad de creación artística. La criminalización del arte, la ficción y la caricatura”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 40, 2019.

SAINZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio”, en CUERDA RIEZU, A./JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009.

SATGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009.

SCHWARZ-FRIESEL, M.: “Dies ist kein Hassbrief - sondern meine eigene Meinung über Euch!” - Zur kognitiven und emotionalen Basis der aktuellen antisemitischen Hassrede”, en MEIBAUER, J. (H.G.): *Hassrede/Hate Speech. Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion*, Gießener Elektronische Bibliothek, 2013. (Disponible en: http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2013/9251/pdf/HassredeMeibauer_2013.pdf).

STEGBAUER, A.: "The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code", en *German Law Journal*, vol. 8, 2007. (Disponible en: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/9C27FD4AFAC94347A3F04EE17C9E5DCD/S2071832200005496a.pdf/ban_of_rightwing_extremist_symbols_according_to_section_86a_of_the_german_criminal_code.pdf).

STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Auflage, Verlag. C.H. Beck, München, 2019.

STUART MILL, J.: *Sobre la libertad*, Aguilar, Madrid, 1972. (Disponible en: <https://ideuba.files.wordpress.com/2013/02/libro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf>).

TAMARIT SUMALLA, J.M.: "Los delitos de odio en las redes sociales", en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 27, 2018. (Disponible en: <https://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i27.3151/galley/3491/download/>).

TAPIA BALLESTEROS, P., en GÓMEZ TOMILLO, M./JAVATO MARTIN, A.M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

TERUEL LOZANO, G.: "Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial", en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de imprenta)*, vol. 14, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977.

VIVES ANTÓN, T.S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

VIVES ANTÓN, T.S., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S.: "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXV, 2005.

VIVES ANTÓN, T. S.: "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VIVES ANTÓN, T.S.: "Sobre la apología del terrorismo como "discurso" del odio", en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015.

VIVES ANTÓN, T.S.: "La libertad y las libertades", en SUÁREZ LÓPEZ, J.M./BARQUÍN SANZ, J./BENÍTEZ ORTÚGAR, I.F./JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. D. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2018.

VIVES ANTÓN, T.S.: “Sobre la apología del terrorismo como discurso del odio”, en VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VIVES ANTÓN, T.S.: “Garantías constitucionales y terrorismo”, en VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VVAA: *Proceso a Juan Peset Alexandre*, Universitat de Valencia, 2001.