

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

VELIS PRAVIDEET PRO

# Revista

Enero 2023

51

# Penal



**tirant**  
lo blanch

# Revista Penal

Número 51

## Sumario

### Obituario:

- Mireille Delmas Marty y las Ciencias penales de nuestro tiempo, por *Luis Arroyo Zapatero* ..... 5

### Doctrina:

- Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro, por *Andrés Francisco Álvarez Medialdea* ..... 9
- Ucrania y la doble moral de Occidente, por *Kai Ambos* ..... 33
- El condenado imputable afectado por un trastorno mental grave, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 49
- La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos, por *Giorgio Dario Maria Cerina* ..... 72
- Entre la siembra y el regado de la semilla terrorista: una aproximación a la influencia de la propaganda terrorista en internet, por *Débora de Souza de Almeida* ..... 113
- La imposición y mantenimiento de condiciones ilegales y otras formas delictivas en las relaciones laborales como herramienta de protección de colectivos vulnerables por el Derecho penal, por *Javier García Amez* ..... 129
- ¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas «afines»? los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora), por *José León Alapont* ..... 145
- La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial, por *Sandra López de Zubiría Díaz* ..... 165
- Frentes abiertos en la protección de los derechos de los presos, por *Francisco Javier Matia Portilla* ..... 177
- La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma, por *Alessandro Melchionda* ..... 191
- La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual, por *Miguel Ángel Morales Hernández* ..... 207
- Reflexiones sobre el delito de aborto en México y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por *Alberto Enrique Nava Garcés* ..... 231
- El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista, por *Ana I. Pérez Machío* ..... 242

- Sistemas penales comparados:** Sumisión química (Chemical submission) ..... 263

### Bibliografía:

- Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). “Cuestiones penales a debate”. Barcelona, J.M. Bosch Editor (Colección “Penalcrim”), 2021, 495 págs., por *Cristian Morlans Prados* ..... 321
- VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Miguel Abel Souto, José Manuel Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 980 páginas, por *Yago González Quinzán* ..... 325
- “Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas”, de José León Alapont (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 202 págs.), por *Lucas G. Menéndez Conca* ..... 328

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla



### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Belez. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Europea de Madrid), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Christoph Hollmann (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Ana María Guzmán (Uruguay)
Marco Edgardo Florio (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## ¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas «afines»? : los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora)

José León Alapont

Revista Penal, n.º 51 - Enero 2023

### Ficha técnica

**Autor:** José León Alapont

**Adscripción institucional:** Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal, Universidad de Valencia

**Código ORCID:** 0000-0002-0537-6563

**Title:** Should the exaltation of Francoism and other types of «related» behaviors be punished?: the frustrated attempts of the legislator and an escape route (the administrative-sanctioning)

**Sumario:** I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. ENALTECIMIENTO DEL FRANQUISMO, DE LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL O DEL FRANQUISMO, O DE QUIENES HUBIEREN PARTICIPADO EN SU EJECUCIÓN. 1. Descripción del tipo. 2. Bien jurídico. III. LESIÓN DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS A TRAVÉS DE LA HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL O DEL FRANQUISMO. 1. Descripción del tipo. 2. Bien jurídico. IV. EL DELITO DE ODIOS, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA CONTRA LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA Y DEL FRANQUISMO. 1. Delito de odio (en sentido estricto). 1.1. Descripción del tipo. 1.2. Bien jurídico. 2. La conversión del enaltecimiento en “delito de odio”. 2.1. Como tipo agravado de enaltecimiento. 2.2. Como modalidad de delito de odio (derivado). V. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS EN MATERIA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS. VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS ACTITUDES NEGACIONISTAS Y OTRAS DE NATURALEZA SIMILAR. VII. OTRAS CONDUCTAS. VIII. PROYECTO DE LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA: LA VÍA ADMINISTRATIVO-SANCIONADORA. IX. LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN. Y UNA EVENTUAL APLICACIÓN DEL ART. 513.1 CP. X. DISOLUCIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES. XI. CONCLUSIONES. XII. BIBLIOGRAFÍA.

**Summary:** I. BY WAY OF INTRODUCTION. II. PRAISING FRANCOISM, CRIMES COMMITTED AGAINST VICTIMS OF THE CIVIL WAR OR FRANCOISM, OR THOSE WHO PARTICIPATED IN ITS EXECUTION. 1. Description of the type. 2. Legal good. III. INJURY TO THE DIGNITY OF PEOPLE THROUGH THE HUMILIATION OF VICTIMS OF THE CIVIL WAR OR FRANCOISM. 1. Description of the type. 2. Legal good. IV. THE CRIME OF HATE, HOSTILITY, DISCRIMINATION OR VIOLENCE AGAINST THE VICTIMS OF THE SPANISH CIVIL WAR AND THE FRANCO REGIME. 1. Hate crime (in the strict sense). 1.1. Type description. 1.2. Legal good. 2. The conversion of glorification into a “hate crime”. 2.1. As an aggravated type of exaltation. 2.2. As a form of hate crime (derived). V. SUPPLEMENTARY PROVISIONS REGARDING LEGAL CONSEQUENCES. VI. SOME CONSIDERATIONS ON THE NEGATIONIST ATTITUDES AND OTHERS OF A SIMILAR NATURE. VII. OTHER CONDUCT. VIII. DEMOCRATIC MEMORY LAW PROJECT: THE ADMINISTRATIVE-PUNISHMENT ROUTE. IX. THE RIGHTS OF ASSEMBLY AND DEMONSTRATION. AND AN EVENTUAL APPLICATION OF ART. 513.1 PC. X. DISSOLUTION OF ASSOCIATIONS AND FOUNDATIONS. XI. CONCLUSIONS. XII. BIBLIOGRAPHY.

**Resumen:** en los últimos años, el castigo penal de ciertos discursos, mensajes o ideologías vinculadas con el régimen franquista ha suscitado el interés de algunos grupos políticos en España. La cuestión es si en una democracia no militante como la nuestra tal intervención punitiva es constitucional. O, si, por el contrario, deben ser toleradas por

constituir una manifestación más del derecho fundamental a la libertad de expresión. En este trabajo llevaremos a cabo un análisis crítico de algunas propuestas legislativas que han apuntado en esta dirección: la de criminalizar tales conductas. Asimismo, valoraremos la estrategia empleada por el legislador para reconducir tales comportamientos a la vía administrativo-sancionadora.

**Palabras clave:** enaltecimiento del franquismo, humillación de sus víctimas, delitos de odio, libertad de expresión, memoria democrática, represión penal.

**Abstract:** In recent years, the criminal punishment of certain speeches, messages or ideologies linked to the Franco regime has aroused the interest of some political groups in Spain. The question is whether in a non-militant democracy like ours such punitive intervention is constitutional. Or, if, on the contrary, they should be tolerated because they constitute one more manifestation of the fundamental right to freedom of expression. In this work we will carry out a critical analysis of some legislative proposals that have pointed in this direction: that of criminalizing such behaviors. Likewise, we will assess the strategy used by the legislator to redirect such behaviors to the administrative-sanctioning route.

**Key words:** exaltation of the Franco regime, humiliation of its victims, hate crimes, freedom of expression, democratic memory, criminal repression.

**Rec.:** 05-09-2022 **Fav.:** 19-11-2022

### I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El legislador penal puede resultar insaciable. Especialmente, si se deja llevar por ciertas corrientes populistas y claudica a presiones de ciertos “grupos de interés”. La criminalización de discursos extremos vuelve a estar de moda. Es el efecto “boomerang”: va y viene según las prioridades del legislador, el contexto social, los intereses de ciertos grupos de presión, la atención que los medios de comunicación le dediquen al asunto, la permeabilidad de la sociedad, etc. Y, ¡claro está!, no teníamos bastante con los delitos de los arts. 510 CP y 578 CP que había que proponer nuevas formas de enaltecimiento, humillación o de odio (con Franco de trasfondo).

El Código Penal español no contempla de forma específica, en ninguna de sus disposiciones, figura delictiva alguna que aluda a quienes todavía en la actualidad añoran la reinstauración del régimen franquista, siguen aplaudiendo las atrocidades cometidas bajo la dictadura (incluidas las de carácter delictivo), se burlan o promueven el odio hacia sus víctimas, o niegan la existencia de tal régimen. No vamos a obviar lo delicado del tema y las opiniones enfrentadas que, se quiera o no, siguen todavía hoy vigentes en nuestro país respecto de esta cuestión, pero, puede que, precisamente, respecto de esta cuestión, el Estado español haya mostrado un nivel de madurez superior al de otros países en los que también han acontecido hechos de cariz similar y en los

que la defensa de ciertos postulados relacionados con éstos son delictivas<sup>1</sup>.

No obstante, lo anterior puede tener una triple lectura: a) la no tipificación de determinados delitos en este ámbito puede deberse a la falta de consenso, de voluntad, o de oportunidad para iniciar un debate que rescate “posibles” fantasmas del pasado; b) porque realmente no ha sido necesario; y, c) derivada de la anterior, porque puede que el Código Penal permita ya castigar determinadas conductas realizadas en el contexto al que aquí estamos haciendo referencia. Cierto es que las últimas demandas sociales en materia punitiva han ido por otros derroteros bien distintos: terrorismo, corrupción, delitos sexuales, prisión permanente revisable, etc. Por lo que no creo que pueda afirmarse que entre las preocupaciones de la gran mayoría de ciudadanos se encuentre el tema que aquí nos ocupa. Quizás, el paso del tiempo, y que gente como quien escribe estas líneas no viviéramos afortunadamente aquellos oscuros años de nuestra historia, son circunstancias que contribuyen a diluir cualquier tipo de reminiscencia de tiempos pretéritos.

Con todo, y ante la aparición (no sólo en Europa) de nuevos partidos políticos, movimientos sociales, etc., tanto de un extremo (comunistas) como de otro (fascistas), que defienden de un modo populista y radical unos postulados tan alejados, a mi parecer, de lo que supone la concepción actual de un Estado democrático y social de Derecho del que disfrutamos (aun con todas sus im-

<sup>1</sup> Así sucede por ejemplo en Alemania. *Vid.*, al respecto, ROIG TORRES, M.: “El delito de apología y enaltecimiento del franquismo. Contraste con la regulación alemana”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, p. 1 y ss.

perfecciones que, sin duda, son muchas), consideramos que sólo eso constituye ya, de por sí, motivo más que suficiente como para plantearse si no es el momento para iniciar una reforma penal que vaya en el sentido arriba apuntado.

Posiblemente, a juicio de algunos, éste sea el momento para iniciar esta tediosa labor y romper así el tabú que sobre esta cuestión parecía haberse instalado en nuestro país desde hace tiempo. A este respecto, si quisiéramos poner de manifiesto que, bajo ningún concepto, traer a colación dichos temas suponga reabrir viejas heridas del pasado o poner en riesgo ese clima de “consenso” que imperó y pervive desde la transición. Y, en cualquier caso, el legislador está más que legitimado para tomar la iniciativa e impulsar una reforma del Código Penal que aborde estas cuestiones. Al fin y al cabo, la política criminal no deja de ser una herramienta más del legislador que como el resto de decisiones políticas se adopta desde la lógica propia de éstas, esto es, en términos de eficacia y eficiencia, siempre que, claro está, no se traspasen los límites fijados por la Constitución<sup>2</sup>.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que delitos como los que serán analizados en este trabajo constituyan, una vez más, un claro ejemplo de ese efecto expansivo del Derecho penal que puede acabar repercutiendo en la banalización del *ius puniendi*. Si a fin de cuentas todo es Derecho penal, nada acabará siéndolo en esencia.

Con todo, en nuestra opinión, consideramos que circunscribir exclusivamente al ámbito del franquismo o la guerra civil las posibles futuras conductas delictivas que se pretendan introducir es un error, además de un evidente sesgo punitivo que pudiera restar legitimidad a la pretendida reforma. En todo caso, deberían quedar englobados movimientos como pueden ser el franquismo, el fascismo, el nacionalsocialismo, el falangismo, el nacionalcatolicismo, o el comunismo, entre otros<sup>3</sup>. Sin rehuir de nuestra historia más reciente, marcada desgraciadamente por la dictadura franquista, la eventual reforma del Código Penal en este ámbito no debería convertirse en un arma de propaganda política, ni debería ser propiedad o atribuible a quienes se adjudican de forma excluyente la bandera del llamado “progresismo”. En este sentido, la hipotética reforma del Código Penal en este ámbito debería ser fruto de un debate sosegado acerca de su necesidad y conveniencia, en el que debiera escucharse la opinión de los

correspondientes expertos, y recabar los informes preceptivos. Y debería ser indiscutiblemente, llegado el caso, fruto del mayor consenso parlamentario posible. Lo anterior permite evitar posibles vicios de inconstitucionalidad y derogaciones inminentes ante cualquier cambio de Gobierno.

Quisiéramos advertir también al lector de que el presente texto no constituye un trabajo de derecho comparado, lo cual sobrepasaría nuestras expectativas iniciales. En este sentido, y si bien somos conscientes de que la legislación penal de algunos países con experiencias dictatoriales similares a la nuestra sí contemplan, *mutatis mutandis*, la tipificación de delitos como los que a continuación se tratarán, el objetivo de este artículo no es otro que realizar una aproximación a la temática referida desde una perspectiva nacional, dado que se trata de la primera vez que en nuestro país una reforma de este tipo puede ver la luz gracias a la receptividad que este tema suscita en el seno del actual Gobierno de coalición formado por PSOE y Unidas Podemos y los apoyos parlamentarios que podrían obtener de algunos de sus socios. En cuanto a esto último, debemos señalar que prestaremos especial atención a tres iniciativas parlamentarias registradas hace ya algún tiempo en el Congreso de los Diputados:

- 1) la Proposición no de Ley sobre la penalización de la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo, presentada el 14 de septiembre de 2017 por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya<sup>4</sup>;
- 2) la 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, presentada el 22 de diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista<sup>5</sup>; y,
- 3) la Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la Transición, presentada el 15 de octubre de 2018 por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea<sup>6</sup>.

En las propuestas de estos grupos parlamentarios se abogaba, como veremos, por tipificar nuevos delitos como los de enaltecimiento del franquismo, de humi-

2 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Política y delito”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, 2019, pp. 19-21.

3 LEÓN ALAPONT, J.: “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, *Diario La Ley*, núm. 9572, 2020, pp. 2-3.

4 BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 208, 14 de septiembre de 2017.

5 BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 190-1, 22 de diciembre de 2017.

6 BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 317-1, 15 de octubre de 2018.

llación a sus víctimas, y de odio contra las víctimas del franquismo o la guerra civil.

Sin embargo, cabe advertir que se trata de iniciativas parlamentarias decaídas y que, por el momento, salvo error u omisión por nuestra parte, no han sido planteadas nuevamente en la presente Legislatura.

Por último, indicar que el presente trabajo obedece al propósito de plantear las líneas generales de política criminal que debieran seguirse en esta materia, así como a la revisión de las concretas formulaciones de los tipos penales propuestos para determinar si respetan los principios informadores de toda intervención penal: *ultima ratio*, subsidiariedad, intervención mínima, fin legítimo, proporcionalidad, taxatividad, etc. En consecuencia, no encontrará el lector una propuesta de *lege ferenda* que abogue por la aniquilación o persecución mediante el Derecho penal de determinadas ideologías que, por deleznales que nos parezcan, deben ser respetadas. De lo que se trata es de discernir hechos (que no ideas) que pudieran tener cierta relevancia a efectos penales y, en consecuencia, que sean susceptibles del correspondiente reproche penal.

Además, no puede pasarse por alto que conductas como las que serán objeto de análisis a continuación presentan una delgada línea fronteriza con el legítimo ejercicio de derechos fundamentales como el de la libertad ideológica o el de expresión (amparados constitucionalmente). Y, en una democracia no militante como la nuestra, su represión puede presentar serias dificultades.

En el presente trabajo se abordarán, además de las ya comentadas, otras cuestiones como las relativas a la exhibición de símbolos franquistas, actitudes negacionistas, etc. Prestando una especial atención a la posibilidad de prohibir manifestaciones o reuniones de esta clase; la disolución de asociaciones y fundaciones vinculadas con dicha temática y, particularmente, sobre las nuevas infracciones previstas en este ámbito en la proyectada Ley de Memoria Democrática.

## II. ENALTECIMIENTO DEL FRANQUISMO, DE LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL O DEL FRANQUISMO, O DE QUIENES HUBIEREN PARTICIPADO EN SU EJECUCIÓN

### 1. Descripción del tipo

La 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, presentada el 22 de diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista, contemplaba la introducción de un art. 510 bis CP en

el que, entre otras cosas, se sancionara en su apartado segundo b) con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a “**quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución**”. Señalándose 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*”.

En el pretendido precepto queda contemplado el enaltecimiento o justificación del 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. Por tanto, se trata de figuras de enaltecimiento y justificación de corte similar a las previstas en tipos penales vigentes como los que a continuación traemos a colación:

- Art. 510.1. c) CP: Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses quienes “*Públicamente (...) enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, 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 de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*”.
- Art. 510. 2. b) CP: Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: “*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”.*

- Art. 578.1 CP (terrorismo): *“El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución (...) se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses”.*

Para empezar, a nuestro juicio, la propuesta del PSOE adolece de un importante defecto. Y, es que, en los términos en que ésta es concebida, vulnera el principio de legalidad, pues, literalmente pretende castigar 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.* Dicho precepto se alejaría, por tanto, de la literalidad de otros artículos como el 510.1. c) CP, el 510. 2. b) CP, o el 578.1 CP, en los cuales el enaltecimiento se vincula a ciertos delitos o a quienes hayan participado en su ejecución<sup>7</sup>. Para criminalizar dicho comportamiento, debería deslindarse, en su caso, qué aspectos del franquismo no podrían ser ensalzados (por ejemplo, la restricción de derechos fundamentales, o los crímenes cometidos), pues, de lo contrario, nacería con importantes visos de inconstitucionalidad. Pero es que, aun con esas, el hecho de enaltecer (esto es, alabar, exaltar, etc.) una ideología, un sistema político, una forma de Estado, por más que sea antidemocrática y vaya en contra de los libertades y derechos fundamentales que constituyen nuestro actual marco constitucional, entendemos, no puede ser objeto de represión penal. Las manifestaciones de apoyo, el convencimiento de que dichas formas de gobierno son mejores, y cualquier otra expresión de adhesión a tales regímenes totalitarios deben encuadrarse, siguiendo el modelo de democracia no militante proclamado por nuestro Tribunal Constitucional<sup>8</sup>, dentro del ámbito de la libertad ideológica y de expresión<sup>9</sup>.

Cuestión distinta es, a nuestro juicio, la pretensión de rehabilitar o reintroducir sistemas dictatoriales o totalitarios como el franquista (entre otros). Tales conduc-

tas, en nuestra opinión, ya no estarían amparadas por el ejercicio de tales derechos fundamentales y, en consecuencia, tampoco quedarían abarcadas por el concepto de democracia no militante. Así pues, entendemos que dicha concepción no es ilimitada: pueden sostenerse propuestas políticas como la de instaurar una república (aun cuando nuestra forma de Estado es una monarquía parlamentaria), abogar por la supresión de las autonomías (aun cuando la Constitución las contempla), o apostar por la segregación de una parte del territorio (aun cuando la Constitución proclama la unidad del Estado); defender la sharía (o ley islámica); incluso, ensalzar las “bondades” e “hitos” de un régimen como el franquista o alabar públicamente a su dictador. Pero, lo que no puede tolerarse, a nuestro modo de ver, son discursos, planteamientos partidistas, o iniciativas legislativas que supongan un serio, potencial y evidente riesgo de destrucción de nuestro sistema de libertades (el núcleo esencial de nuestra democracia).

Cierto es que el actual art. 472.1º CP considera reos de rebelión a quienes se alzaren **violenta** y públicamente para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, de forma que entendemos que quienes mostrasen una férrea determinación por implantar tales sistemas de gobierno y lo hiciesen de forma violenta podrían estar cometiendo este delito. Ahora bien, no menos cierto es que, dados los tiempos que corren, parece más factible que el mismo propósito pueda lograrse sin necesidad de recurrir a esa violencia. En cambio, este último escenario no tiene por el momento una respuesta penal a pesar de atentar igualmente contra nuestro sistema democrático. Y, a nuestro juicio, debiera tenerla<sup>10</sup>.

Respecto del enaltecimiento de los delitos cometidos durante la guerra civil o el franquismo (o de quienes participaren en su ejecución), cabría preguntarse si esta conducta no podría sancionarse ya a través del actual art. 510.2 b) CP que prevé que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: *“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 determi-*

7 LEÓN ALAPONT, J.: “El odio hacia las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo: ¿nuevo paradigma punitivo?”, en CONTRERAS MAZARÍO, J. M. y SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (Dir.): *El tratamiento normativo del discurso del odio*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 196.

8 SSTC 176/1995, de 11 de diciembre; 48/2003, de 12 de marzo; 5/2004, de 16 de enero; 235/2007, de 7 de noviembre; 12/2008, de 29 de enero; 31/2009, de 29 de enero; 43/2009, de 12 de febrero; 126/2009, de 21 de mayo, y, 42/2014, de 25 de noviembre, 190/2020, de 15 de diciembre, entre otras.

9 Así lo entendió también el CGPJ en su Informe de 7 de junio de 202, sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática (p. 61 y 70).

10 LEÓN ALAPONT, J.: “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo”, en TEIJÓN ALCALÁ, M. (Dir.): *El odio como motivación criminal*, Madrid, Wolters Kluwer-La Ley, 2022, p. 224.



nada 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**". Aquí, sin embargo, como apunta ROIG TORRES<sup>11</sup>, sucede que dichos crímenes no fueron objeto de condena, en consecuencia, no pueden ensalzarse o glorificarse unos delitos o quienes participaron en su ejecución si tales "delitos" nunca "existieron". No sucedería lo mismo con aquellos otros crímenes cometidos bajo otras dictaduras cuando sí hubieran sido perseguidos y juzgados.

El legislador español, consciente de la restricción que podría comportar para la libertad de expresión el castigo de mensajes que comunicasen ideas o doctrinas, decidió en 1995 acotar su represión penal de la forma más respetuosa posible con ese derecho fundamental: a través de la apología como forma de provocación (art. 18.1 CP); y, por ende, castigándola solo cuando comportase una incitación directa a la comisión de un delito<sup>12</sup>. A partir de entonces, y de forma absolutamente errática, el legislador se ha ido apartando de aquella premisa y ha criminalizado conductas que se encuentran en un estadio anterior a las apologías. Los ejemplos son las figuras de enaltecimiento que albergan los arts. 510 y 578 CP. Centrándonos en el caso del enaltecimiento del terrorismo, nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han venido avalando la legitimidad de tal precepto justificando que en él deben quedar incluidas todas aquellas manifestaciones del discurso del odio que supongan una extralimitación del derecho a la libertad de expresión "**por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades**"<sup>13</sup>. Así pues, parece que el legislador tiene cobertura constitucional para tipificar las conductas de enaltecimiento. Los intentos por castigar

el enaltecimiento del franquismo responden, sin duda, a esta lógica y, en consecuencia, la pregunta que cabría hacerse es cuántos más vendrán después: ¿será delito también enaltecer delitos o autores condenados por violencia de género? Aparentemente, el legislador fijó el listón en casos graves como el enaltecimiento del terrorismo o del genocidio, pero, también empezó a abrirlos (inexplicablemente) a otros supuestos como el enaltecimiento de los delitos de odio o sus autores (art. 510.2. b CP). Por tanto, la veda está abierta.

A nuestro juicio, como ya hemos tenido ocasión de defender en otro lugar, cualquier figura de enaltecimiento debiera ser expulsada de nuestro Código Penal<sup>14</sup>. Adelantar más la barrera punitiva a supuestos que no alcanzan la categoría de acto preparatorio es algo que debe rechazarse de plano. Y, por ello, en nuestra opinión, la figura de la apología (como forma de provocación) es una figura más que suficiente para dar respuesta a hechos que pueden revestir ya de cierta carga ofensiva. Salvo que no creamos en la libertad de expresión.

En este sentido, cabría concluir que nuestro Código Penal ya permitiría castigar la llamada apología "del franquismo" (y, en realidad, de cualquier otro régimen), pues, lo que se castiga en esta figura es la "promoción", "fomento" o, en puridad, "incitación directa" a cometer un delito, esté detrás de ésta el escenario o contexto ideológico o doctrinal que se quiera. Así, la incitación a la perpetración de delitos tales como los de homicidio y asesinato (art. 141 CP), lesiones (art. 151 CP), detenciones ilegales y secuestros (art. 168 CP), y genocidio o lesa humanidad (art. 615 CP) en el marco de un discurso franquista, nacionalsocialista, comunista, etc., podría ser delictiva. Ahora bien, para que esto último ocurra, como exige el propio art. 18 CP, hay que constatar si, efectivamente, de la naturaleza y circunstancias de la exposición/difusión de las "ideas" o "doctrinas" realizada se desprende que exista una incitación directa a cometer un delito. Para apreciar este último requisito que, por otra parte, deviene esencial, se precisa comprobar de forma casuística aspectos como el alcance, la seriedad, la intencionalidad o la idoneidad del mensaje propagado<sup>15</sup>.

11 ROIG TORRES, M.: "El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-07, 2021, p. 25.

12 VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del Sistema Penal (2ª edición)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 819.

13 Vid. ampliamente, sobre esta cuestión, LEÓN ALAPONT, J.: *Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 44 y ss.

14 LEÓN ALAPONT, J.: "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-01, 2022, p. 37.

15 LEÓN ALAPONT, J.: "Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿penalmente relevantes?", en ACALE SÁNCHEZ, M.; NIETO MARTÍN, A. y RODRÍGUEZ MIRANDA, A. (Dirs.): *Reformas penales en la península ibérica: ¿la "jangada de pedra"?*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 83-84.

Por último, el Grupo Parlamentario de ERC, por su parte, en su proposición no de ley de 2017 instó al legislador a incorporar el siguiente artículo:

*“1. Los que desarrollen conductas de banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

*2. Se entenderá que incurrir en dichas conductas los que desarrollen cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apologético”.*

La primera consideración que debemos hacer, y que se observa a simple vista, es que difícilmente un precepto que asigna la misma pena a conductas tan dispares como banalizar, hacer apología o enaltecer, puede pasar el test constitucional de proporcionalidad<sup>16</sup>.

La segunda tiene que ver con el uso indistinto de los términos apología o enaltecimiento, que en sentido técnico-normativo no son equiparables.

En tercer lugar, el artículo propuesto adolece de una flagrante coherencia, pues, menciona la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo, olvidándose de incluir en el listado de regímenes, por ejemplo, el comunismo u otros de corte similar.

Y, en cuarto lugar, como puede comprobarse, el apartado segundo del precepto arriba citado alude a los medios comisivos: desarrollo de cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apologético. Esta previsión resulta un tanto innecesaria y reiterativa puesto que, por un lado, la no concreción permitiría abarcar cualquier medio comisivo; y, por otro lado, la alusión que se hace en primer lugar a “cualquier acción” parece abarcar al resto de conductas que se describen (incluso podría generar confusión en el momento en que apareciese alguna modalidad no enumerada).

## 2. Bien jurídico

Con la tipificación del delito objeto de comentario en este apartado (el de enaltecimiento del franquismo, de los delitos cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil o el franquismo, o de sus autores), pudiera parecer que el legislador pretendiese otorgar protección a los valores, principios y libertades que constituyen nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). De forma que, con su perpetración, se estarían socavando las bases del marco de convivencia del que hoy gozamos. Pero, si se observa, éste, que constituiría

sin duda un valiosísimo bien jurídico digno de tutela sobrepasa con creces la descripción típica que se hace en el precepto. Dicho de otro modo, nos resulta difícil identificar en dicha conducta algún bien jurídico que pudiera ser ofendido. Por eso, consideramos que esta forma concreta de enaltecimiento debe quedar, en todo caso, amparada por la libertad de expresión.

## III. LESIÓN DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS A TRAVÉS DE LA HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL O DEL FRANQUISMO

### 1. Descripción del tipo

La propuesta de art. 510 bis 2. a) CP formulada por el Grupo Parlamentario Socialista en el año 2017 proponía castigar con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a “**quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas a las que se refiere el apartado anterior por su condición como tales, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas mencionadas por su condición como tales**”.

Por su parte, la iniciativa del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea iba en la línea de la del PSOE, sin embargo, las penas propuestas eran las de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.

En ambos textos se habla de “lesión de la dignidad de las personas” (como hace el actual art. 510.2. a CP), lo cual conduciría a una legitimación activa indeterminada (en pureza, sin limitaciones) para iniciar un proceso penal por tal infracción, configurándose, así, como un delito público. Por el contrario, obsérvese que el art. 578.1 CP alude a que la 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 delito por tanto se construiría sobre una afectación a la dignidad cualquier persona aun cuando no presentare ningún tipo de vínculo (más allá del moral, o fraternal) con respecto de unos hechos que se han debido proyectar sobre las víctimas de la guerra civil o del franquismo. Aquí, una vez más, debemos recordar la dificultad técnica del reconocimiento

16 En este mismo sentido, SIMÓN CASTELLANO, P.: “Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios. Un debate renovado a luz del declive de la libertad de expresión en España”, *Revista Penal México*, núm. 19, 2021, p. 122.

de la condición de víctima de unos hechos no enjuiciados (salvo que, por ejemplo, por ley, se pudiera otorgar tal estatus).

Las modalidades comisivas serían dos:

- 1) mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas a las que se refiere el apartado anterior por su condición como tales; o,
- 2) produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguna de las víctimas mencionadas por su condición como tales.

Con todo, a nuestro juicio, conductas como las previstas en el proyectado delito y en los vigentes arts. 510.2 CP y 578.1 CP debieran despenalizarse. Los únicos ataques a la dignidad que debieran perseguirse vía penal son aquellos que afecten a personas concretas (a las víctimas y, en su caso, a sus familiares). Y, para ello, queremos recordar que ya tenemos el delito de injurias del art. 208 CP que establece que *“es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*. Y, el del art. 173.1 CP: *“el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”*. Sin olvidar la vía civil.

Y, en todo caso, que el Derecho penal solo responda frente a lesiones de la dignidad (de cualquier persona) con ocasión de actuaciones contra determinado tipo de víctimas resulta atentatorio contra el principio de igualdad (art. 14 CE).

## 2. Bien jurídico

En ambas propuestas legislativas parece quedar claro que el bien jurídico tutelado sería la dignidad de cualquier persona; y, no, por tanto, la de las víctimas de la guerra civil o del franquismo (o de sus familiares). Es cierto que el art. 208 CP también habla de lesionar la dignidad de otra persona. Con todo, el bien jurídico que allí se protege es el honor (la fama, reputación, prestigio) de una persona. Y, en el delito de humillación de las víctimas o de sus familiares parece estarse protegiéndose otra vertiente de la dignidad de la persona distinta al honor, como puede ser la integridad moral.

## IV. EL DELITO DE ODIOS, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA CONTRA LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA Y DEL FRANQUISMO

En la propuesta legislativa del PSOE se preveía, como seguidamente comprobaremos, un delito autónomo de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo; y, por otro lado, una agravante específica incardinada en el delito de enaltecimiento del franquismo, de los delitos cometidos contra las víctimas de la guerra civil y del franquismo, o de quienes participaron en su ejecución. Esta última opción se encuentra también recogida en la propuesta del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que configura el enaltecimiento del franquismo como un delito de odio.

### 1. Delito de odio (en sentido estricto)

#### 1.1. Descripción del tipo

La propuesta de art. 510 bis 1 CP del Grupo Parlamentario Socialista establecía que:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

- a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo por su condición como tales.
- b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales.

Como puede observarse, la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista plantea en realidad un tipo especial de delito de odio. Sin embargo, son varias las cuestiones que nos surgen en torno a esta figura delictiva.

En primer lugar, consideramos que puede suponer una quiebra del art. 14 CE (principio de igualdad) el hecho de tutelar penalmente a unas víctimas ya no de una determinada condición (lo cual de por sí ya resulta hartamente cuestionable), sino de un determinado régimen totalitario (como el franquismo) o episodio bélico (como la guerra civil)<sup>17</sup>. Resultaría paradójico que en el artículo 510 CP, que pretende impedir conductas que violen el

17 De esta opinión SIMÓN CASTELLANO, P.: “La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al Discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo”, en LEÓN ALAPONT, J. (Dir.): *Temas clave de Derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, Barcelona, JM Bosch, 2021, p. 572.

derecho a la no discriminación del artículo 14 CE, se introdujesen conductas que parecen atentar contra ese precepto constitucional.

En segundo lugar, salvo que se recurra a un concepto extra-jurídico de víctima, difícilmente puede hablarse en estricto sentido técnico-jurídico (penal) de víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo si, como ya advertimos, tales hechos (los cometidos bajo dichos períodos) no fueron objeto de condena.

Y, en tercer lugar, cabría delimitar el concepto de “víctima” que emplea este precepto. En este sentido, en el ámbito del enaltecimiento del terrorismo, la STS 656/2007, de 17 de julio, estableció un concepto restrictivo de víctimas o familiares a los efectos de la aplicación del art. 578 CP al indicar que “*serían víctimas "directas" las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas "indirectas" diversos familiares (cónyuge o persona que viniera conviviendo con el fallecido de forma permanente, hijos o padres, según los casos)*” (FJ, 4). Queremos con ello decir que la propuesta que aquí comentamos parece revestir de cierto simbolismo, pues, aun siguiendo la definición arriba expuesta, por motivos físicos (de edad) la aplicación de este delito sería residual dado que por el tiempo transcurrido entre aquellos tristes acontecimientos y nuestros días han mediado muchos años y tales “víctimas” pueden haber fallecido ya. Repárese, por el contrario, que, por ejemplo, el art. 578.1 CP se refiere también a “sus familiares”, cosa que aquí no sucede.

Con todo, podría formularse la duda de si con la actual redacción del art. 510.1 CP no quedaría ya abarcada la promoción del odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de regímenes totalitarios o dictatoriales.

Téngase presente que la vigente redacción del art. 510.1 CP alude de forma abierta a:

*“a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia 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.*

*b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distri-*

*buyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia 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”.*

Ahora bien, al aludirse expresamente en la propuesta del PSOE a las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo “*por su condición como tales*”, la conducta parece desvincularse de la ideología y asociarse al hecho de ostentar aquella condición personal. De forma que ¡paradójicamente! se podría castigar un delito de odio contra una víctima de la dictadura franquista o de la guerra civil (de ideología fascista) por parte de una persona o grupo de personas de la misma ideología, pues, lo relevante a efectos penales sería “ser víctima de”.

En cualquier caso, la pena de prisión contemplada en la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, de uno a cuatro años, nos parece desproporcionada.

Con todo, la más que manifiestamente mejorable regulación de los delitos de odio contempla una pluralidad de conductas que no debieran quedar abarcadas, en nuestra opinión, por el Derecho penal<sup>18</sup>. Como señalan la mayoría de autores, gran número de las acciones recogidas en el actual art. 510.1 CP “no son más que actos preparatorios de actos preparatorios, conductas que adelantan sobremanera la actuación penal a una efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico”<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, el odio, el rencor, etc... son **sentimientos** —además, plenamente legítimos—, por lo que su fomento debiera quedar extramuros del *ius puniendi*. Más discutible sería el hecho de promover actos discriminatorios, pues, en principio el Código Penal castiga algunos de éstos (bien indirectamente a través de la agravante del art. 22. 4ª CP, o bien directamente a través de delitos como el del art. 314 CP) por lo que la incitación a la discriminación en algunos casos podría constituir una incitación directa a delinquir. Pero, sin duda, tanto la incitación a la hostilidad como a la violencia, se dirijan a un grupo de personas o a una sola, se lleven a cabo por uno u otro motivo, pueden reconducirse a través de la figura de la provocación (art. 18 CP). Sucede eso sí, que el número de delitos en que se castiga tal acto preparatorio es reducido, pero, entre

18 Vid. la acertada crítica que expone al respecto GALÁN MUÑOZ, A.: “Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, *Revista Penal*, núm. 46, 2020, pp. 41 y ss.

19 GORJÓN BARRANCO, M. C.: *Ciberterrorismo y delitos de odio motivados por ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 240.



ellos están, por ejemplo, las lesiones. Y también es cierto que el art. 510 CP contempla la incitación **indirecta** (lo cual es una barbaridad), y no así el art. 18 CP, pero, es que en algún momento deben aflorar los límites del Derecho penal. Por todo ello, también estimamos conveniente la no inclusión de las conductas propuestas en el futurible art. 510 bis CP.

Pero es que no debe olvidarse que las amenazas a dicho colectivo ya quedarían abarcadas en el actual art. 170.1 CP, que reza así: “*si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior*”.

Las penas previstas en el *artículo anterior* (el 169 CP) son las siguientes:

1) pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2) pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.

La Fiscalía General del Estado en su *Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP* pone de relieve una serie de consideraciones en torno a este art. 510.1.a) CP que vienen a demostrar el amplísimo campo de actuación de dicho precepto y, lo que resulta más importante, su sentido.

Destacamos a continuación algunos de sus aspectos más relevantes (y controvertidos)<sup>20</sup>:

- Conforme a la nueva redacción no se exige la incitación a un acto delictivo, ya que el odio o la hostilidad son sentimientos que no necesariamente pueden reconducirse a figuras tipificadas penalmente. Del mismo modo, no es necesario que se promueva la realización de un acto concreto, puesto que basta la incitación indirecta.
- La incitación indirecta deberá tener la potencialidad suficiente para poner el peligro a los colectivos afectados.
- Para el caso de que, tras una incitación directa, otras personas realicen el hecho delictivo con-

creto al que se ha orientado la incitación, la conducta podrá ser perseguida como inducción del art. 28, párrafo segundo, apartado a) CP, con la agravante, en su caso, prevista en el art. 22.4ª CP. Estos supuestos se castigarán únicamente como inducción, al existir un concurso de normas (artículo 8.3ª del Código Penal), quedando el delito de odio absorbido por el tipo penal inducido.

- En todo caso, la incitación ha de ser pública. De esta forma, queda claro que no se persigue la mera idea o la opinión odiosa. Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico protegido mediante la exteriorización de esa idea u opinión ante terceros.
- No debe confundirse la difusión pública con la utilización de medios de comunicación o redes sociales, cuya concurrencia dará lugar, en su caso, a la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 510.3 CP.
- La utilización indistinta y en forma plural de los verbos “fomentar”, “promover” o “incitar” supone que cualquiera de las conductas es suficiente para integrar el tipo penal. En principio, una sola acción podría ser constitutiva de delito, siempre que se colmaran los elementos típicos. A su vez, la realización de diversas acciones puede entenderse como constitutiva de un solo delito, valorándose en tal caso la concurrencia de un dolo unitario para la infracción del mismo bien jurídico protegido (piénsese, por ejemplo, en diversos discursos pronunciados en un lapso temporal conexo, cuya reiteración es lo que determina precisamente la propia relevancia penal de la incitación). Lo mismo ocurriría en el caso de una o diversas acciones cometidas por más de un motivo discriminatorio, si va dirigido a un colectivo concreto (por ejemplo, contra extranjeros homosexuales). De nuevo, el dolo unitario impediría apreciar la existencia de varios delitos.
- Cuestión distinta sería la realización de varias acciones contra colectivos diversos y/o por motivos diferentes. El carácter personalísimo del bien jurídico protegido (la dignidad de la persona) impediría la apreciación de un delito continuado (por aplicación de lo dispuesto en el art. 74.3 CP). En estos casos la calificación sería la de concurso real de delitos, a sancionar conforme a los criterios expuestos en los arts. 73 y concordantes CP.

Además, respecto del vigente art. 510.1.a) CP cabe advertir que el legislador español decidió no hacer uso de los elementos restrictivos mencionados en el art. 1.2 de la DM 2008/1913/JAI, en virtud del cual, los Esta-

20 Circular FGE 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, pp. 41-43.

dos 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”. Esta vía, la del encaje dentro de los delitos de desórdenes públicos nos parece, sin duda, más acertada. Con todo, su castigo a través del actual art. 557 CP se presenta excesivo al exigir la “ejecución de actos de violencia sobre las personas”<sup>21</sup>. Quizás la creación de una modalidad atenuada podría ser una alternativa viable para castigar el fomento, promoción o incitación (directa o indirecta) al odio, hostilidad, discriminación o violencia cuando originasen “perturbaciones del orden público”. Aunque, también sea dicho de paso, la vía administrativa podría ser suficiente para la sanción de dichos comportamientos.

## 1.2. Bien jurídico

En el caso del actual art. 510 CP parece razonable sostener que el bien jurídico tutelado en dicho precepto es la igualdad, en los términos expuestos por el art. 14 CE. Como resulta evidente, dicho artículo no propugna el derecho a no ser discriminado por ser “víctimas de” o “familiares de aquéllas”, pero, tampoco hay que hacer un excesivo esfuerzo para entender que, en cierto modo, del espíritu que encierra el mencionado precepto así podría desprenderse o quedar justificado. De forma que, también en el caso que aquí nos ocupa, éste podría ser el bien jurídico protegido. Ahora bien, también es cierto que tratándose de un motivo de discriminación por ostentar una condición muy específica (la de ser “víctima o familiar de”), podría entenderse que el bien jurídico protegido en este caso sería otro distinto del apuntado anteriormente, puesto que no habría en sí un verdadero hecho diferenciador de carácter identitario (como sí sucede, por ejemplo, cuando se alude a la raza, religión, ideología, sexo, etc.).

## 2. La conversión del enaltecimiento en “delito de odio”

### 2.1. Como tipo agravado de enaltecimiento

La propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, contemplaba también la introducción de un art. 510 bis CP en el que, entre otras cosas, se sancionara en su apartado segundo b) con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a “*quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos*

*que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución*. Señalándose 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*”.

Habiendo mostrado anteriormente nuestra disconformidad con la incriminación de conductas como la del enaltecimiento del “franquismo”, de los delitos cometidos contra las “víctimas de la Guerra Civil” y de sus autores; y, expresando que la actual figura de la apología (como forma de provocación) sería suficiente para cubrir determinadas acciones exaltantes que incitasen a la comisión directa de ciertos delitos (en este ámbito político-ideológico), la agravante carece, a nuestro juicio, de sentido alguno. O, dicho de otro modo, una agravación que nos conduce (como se propone) a penas de prisión de hasta cuatro años nos parece, además de innecesaria, desproporcionada.

De mantenerse esta propuesta de redacción, además, cabría plantearse si en lugar de aplicar en el delito de enaltecimiento la agravante aquí descrita no sería más adecuado defender la existencia de un concurso (ideal) entre el delito de enaltecimiento y el propio delito de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo. Con todo, una interpretación *pro reo* nos debería llevar —llegado el caso— a desechar esta opción ante la elevada penalidad resultante.

Como ya adelantamos, este esquema que sanciona, por un lado, el enaltecimiento y, por otro, lo agrava cuando se incite a la comisión de un delito de odio, está presente en el vigente art. 510.2.b CP. Es, en consecuencia, una técnica legislativa plenamente válida y razonable. Con todo, consideramos que la única figura a la que podría recurrirse, en su caso, debiera ser la figura básica del art. 510.1.a) CP, que no distingue el medio comisivo que se emplea (pudiendo ser perfectamente el apologético).

### 2.2. Como modalidad de delito de odio (derivado)

La Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la Transición, presentada en 2018 por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Po-

21 El art. 557 CP reza así: “1. Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo. 2. Con las mismas penas se castigará a quienes actúen sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo”.

demos-En Comú Podem-En Marea, contemplaba la modificación del art. 510.1.c) CP castigando con pena de prisión de 6 meses a 1 año de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad de 15 a 30 días a quienes: *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.*

Ésta es, en nuestra opinión, una fórmula más óptima que la anteriormente comentada (llegado el caso), pero, esta configuración del tipo penal convierte el enaltecimiento en un delito de odio. En este sentido, si se incluye la cláusula “cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación” sólo sería delito si al enaltecimiento le sigue una “incitación a...”, pero, al mismo tiempo, ello resulta superfluo y se estaría creando un tipo con mayor pena (autónomo) cuando, en realidad, el tipo básico ya abarcaría cualquier modalidad comisiva a través de la cual se lleve a cabo el acto de odio, hostilidad, violencia o discriminación. Queremos con ello decir que castigar un “delito de odio” con mayor pena porque se recurre al ensalzamiento o glorificación no está justificado porque no conlleva, a nuestro entender, una mayor carga ofensiva. En definitiva, consideramos que no puede blanquearse la incriminación de conductas que no debieran ser delictivas (como el enaltecimiento) bajo la etiqueta de delito de odio<sup>22</sup>.

### V. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS EN MATERIA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La propuesta del PSOE contemplaba, dentro del proyectado art. 510 bis CP, un apartado tercero con el siguiente tenor literal: “Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”. Téngase en cuenta, al

respecto, que este tipo agravado podría convertirse en el tipo de habitual aplicación, pues, dados los tiempos que corren, no es de extrañar que tales conductas se desarrollen a través de internet.

Por otro lado, las iniciativas tanto del PSOE como de PODEMOS planteaban incorporar estas otras disposiciones. La primera de ellas hacía alusión a lo siguiente: “En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

Con todo, la previsión más preocupante es ésta: “El juez o tribunal acordará la **destrucción, borrado o inutilización** de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la **retirada de los contenidos**. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el **bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo**”. En nuestra opinión, este tenor literal, que ya se encuentra previsto en el art. 510 CP y en el art. 578 CP, nos recuerda más a otras épocas, precisamente, esas que se quieren perseguir mediante los delitos aquí estudiados.

### VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS ACTITUDES NEGACIONISTAS Y OTRAS DE NATURALEZA SIMILAR

El vigente art. 510.1 c) CP castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a quienes: “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, 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 discapaci-

22 ROIG TORRES, M.: “El enaltecimiento...”, *op. cit.*, p. 22.

*dad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.*

La propuesta del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea iba también en este sentido, castigando en el art. 510.1 c) CP, 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, a quienes: **“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”.**

La propuesta de ERC también aludía a ello, considerando que debiera castigarse la “banalización”.

Bajo nuestro prisma, de ningún modo dichas conductas debieran ser delictivas. En este sentido, una vez más, estimamos que dicho tipo de manifestaciones reprobables desde el punto de vista ético o moral, no deben ser alcanzadas por las fauces del Derecho penal. Así pues, compartimos la opinión de BORJA JIMÉNEZ, quien, con ocasión de la negación de los delitos de genocidio, expresó que no debería ser considerada una actitud perseguible, puesto que esto nos llevaría a establecer verdades oficiales u objetivas sobre hechos históricos abiertos a debate que, aunque ciertamente perversas, son únicamente la exteriorización de unas opiniones, no siendo tarea del Derecho penal el castigo de pareceres disidentes o la reprobación de investigaciones inanes<sup>23</sup>.

De hecho, nuestro Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse, respecto del Holocausto, señalando que *“las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C. E.), en*

*relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”*<sup>24</sup>.

Por su parte, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio del art. 607 CP. Debe destacarse, a este respecto, la forma subrepticia en la que el legislador retomó no obstante la negación de los delitos de genocidio y lesa humanidad, entre otros, en el vigente art. 510.1 c) CP, “reconvirtiéndolos” mediante una pésima técnica legislativa en una especie de delitos de odio, a través de la cláusula “cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”. Y esto es, justamente, lo que se pretende en la propuesta de PODEMOS.

Algunos autores han diferenciado entre la conveniencia de no castigar a los defensores de las tesis negacionistas y la necesidad de hacerlo respecto de quienes “relativicen” determinados hechos históricos, alegando que “éstas se diferencian de las negacionistas en que concurren a este discurso juicios de valor humillantes, despectivos o denigrantes en contra de las víctimas”<sup>25</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, esta respetable postura consideramos no se sostiene desde el momento en que la negación de los mismos parece ser más grave que la simple banalización, de forma que si no se criminalizan aquéllas menos razón existe para tipificar éstas.

## VII. OTRAS CONDUCTAS

A continuación, haremos alusión a una serie de conductas que por su escasa entidad no debieran ser merecedoras del más mínimo reproche penal por no afectar a bien jurídico alguno.

A título meramente ilustrativo, podrían citarse los siguientes ejemplos:

- celebrar misas en honor a Franco.
- homenajes a Miguel Primo de Rivera.
- concentraciones/manifestaciones ante símbolos que representen regímenes dictatoriales o que se lleven a cabo para enalzar sus “logros”.
- exhibir banderas preconstitucionales o esvásticas, etc.

23 BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada, Comares, 1999, p. 300 y ss.

24 STC 217/1991, de 11 de noviembre (FJ. 8). *Vid.* también, STC 235/2007, de 7 de noviembre (FJ. 4).

25 GASCÓN CUENCA, A.: “La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2018, p. 195.



- e) cantar el “cara al sol” u otro tipo de letras o canciones que exalten tales dictaduras o regímenes totalitarios.

A nuestro juicio, este tipo de acciones u otras de corte similar deben quedar amparadas por la libertad de expresión y a quienes las promueven sólo cabría tildarlos de “nostálgicos”, pero, no de delincuentes. Otra cosa es que determinadas conductas pudieran constituir algún tipo de alteración del orden público que constituyera una infracción de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; que se tratara de una reunión no amparada por LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión; o, que fueran constitutivas de delitos como los de manifestación ilegal (arts. 494 CP, 513 CP y 523 CP) o desórdenes públicos (arts. 557 y ss. CP); etc.

Ahora bien, como advierte ROIG TORRES<sup>26</sup>, empieza a ser preocupante el viraje de la jurisprudencia que ya en algunas resoluciones, como en la STS 675/2020, de 11 de diciembre, parece mostrarse proclive a la sanción de hechos como la exhibición de simbología nazi, recurriendo al subterfugio que perversamente proporciona el art. 510.1 CP, bajo el pretexto de la “incitación a la violencia, hostilidad, odio o discriminación”.

### VIII. PROYECTO DE LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA: LA VÍA ADMINISTRATIVO-SANCIONADORA

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Memoria Democrática<sup>27</sup> enuncia que la Sección 1.ª “contiene las medidas precisas sobre los símbolos públicos, que deben tener como finalidad el encuentro de los ciudadanos en paz y democracia y nunca una expresión ofensiva o de agravio. El fomento de la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles y españolas en torno a los principios, valores y libertades constitucionales, y la necesaria supresión de elementos de división entre la ciudadanía, son objeto de esta ley. **La incompatibilidad de la democracia española con la exaltación del alzamiento militar o el régimen dictatorial, hace necesario introducir las medidas que eviten situaciones de cualquier naturaleza o actos de enaltecimiento de los mismos o sus dirigentes. En el marco de una cultura de derechos humanos, la exaltación, enaltecimiento o apología de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad, condenados por el informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de fecha 17 de marzo de 2006, supone en todo caso un evidente menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, que**

**es obligado combatir en respeto y preservación de su dignidad, como un ejercicio necesario de recordarlas y honrarlas (...)**”.

Bajo esta premisa, como veremos, el legislador español parece haber renunciado, por el momento (no sabemos si definitivamente), a castigar penalmente las conductas señaladas en los anteriores apartados, pero, sigue considerando que determinados hechos deben tener una respuesta sancionadora por parte del ordenamiento jurídico. En esta ocasión, la vía escogida para ello es la administrativa. Aunque, como veremos, queda diluida con respecto a los comportamientos que se pretendían criminalizar en las respectivas propuestas parlamentarias.

Decimos esto porque, por ejemplo, el art. 38 del Proyecto de Ley (bajo la rúbrica “Actos públicos contrarios a la memoria democrática”) señala en su apartado primero que:

*“Sin perjuicio de derecho de reunión pacífica y sin armas, regulado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, se considerarán actos contrarios a la memoria democrática la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial.*

*A tal efecto, si en la celebración de un acto público de esa naturaleza se advirtieran hechos que pudieran ser constitutivos de delito, las autoridades competentes pondrán los mismos en conocimiento del Ministerio Fiscal”.*

Sin embargo, si nos vamos al catálogo de infracciones, lo arriba dicho no es constitutivo de ninguna de ellas (salvo que se realizaran en un lugar de memoria democrática —siendo una infracción menos leve—).

El legislador sabe que esas conductas pueden quedar (y, a nuestro juicio, quedan) amparadas por la libertad de expresión (si se realizan individualmente). E, igualmente, si se ejercen de forma colectiva (debiéndose añadir, en estos casos, otros derechos como el de reunión y manifestación). De ahí que se limite a establecer que: “*si en la celebración de un acto público de esa naturaleza se advirtieran hechos que pudieran ser constitutivos de delito, las autoridades competentes pondrán los mismos en conocimiento del Ministerio Fiscal*”.

El art. 61 del Proyecto de Ley recoge las distintas infracciones (destacamos únicamente las que a nosotros nos interesan).

Son infracciones muy graves:

26 Cfr. ROIG TORRES, M.: “Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 31, 2021, p. 375 y ss.

27 BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 64-4, 7 de julio de 2022.

- a) La falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público o en locales y establecimientos públicos, de actos de exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos.
- b) Las convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes, inciten a la exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, cuando entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares.

Son infracciones graves:

- a) El incumplimiento de la resolución por la que se acuerde la retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática prevista en el artículo 37, cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares.

Son infracciones leves:

- b) La realización de cualquier intervención en un Lugar de Memoria Democrática sin autorización o al margen de lo establecido en la misma, cuando no constituya infracción grave o muy grave.

Por su parte, las multas que fija el art. 62.2 son las siguientes:

- a) Para infracciones muy graves: multa entre 10.001 a 150.000 euros.
- b) Para infracciones graves: multa entre 2.001 a 10.000 euros.
- c) Para infracciones leves: multa entre 200 y 2.000 euros.

Y, el art. 62.4 prevé que, en el caso de las infracciones muy graves o graves, la resolución sancionadora podrá acordar motivadamente la imposición, junto a la sanción económica, de alguna o algunas de las siguientes sanciones accesorias, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos:

- a) El cierre temporal, por un período de seis meses a dos años, de los locales o establecimientos públicos donde se cometan las infracciones previstas en el artículo 61.1 d).
- b) El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la in-

fracción, salvo que unos u otros pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable de dicha infracción que los haya adquirido legalmente.

- c) Para las infracciones muy graves, la pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones de las administraciones públicas en materia de memoria democrática, y, en el caso de las infracciones graves, la pérdida durante un plazo de hasta tres años de la posibilidad de obtener subvenciones de las administraciones públicas en materia de memoria democrática. En ambos casos, podrá imponerse asimismo el reintegro total o parcial de las subvenciones obtenidas, durante los dos años anteriores, en esa misma materia.

De entre todas las infracciones, debemos reparar, en primer lugar, en la infracción (muy grave) relativa a *“La falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público o en locales y establecimientos públicos, de actos de exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos”* porque, si nos fijamos, no se sanciona a quienes participen en tales actos; sino, a quienes según la propia Ley están obligados a impedirlos o poner fin.

La otra infracción muy grave que nos llama la atención es la siguiente: *“Las convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes, inciten a la exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares”*.

La primera apreciación que cabría realizar, que nos deja perplejos, es que se está sancionando no ya un acto de exaltación, sino la incitación a la exaltación. Esto nos lleva, sin duda, a sancionar comportamientos muy alejados de lo que podría considerarse el inicio de la legitimidad de la intervención del *ius puniendi*. Además, repárese en el absurdo de que la propia exaltación quedaría impune, pues, no se castiga. La segunda cuestión es que se limita el castigo a que *“entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares”* (como si esta cláusula habilitara a restringir, como se hace, la libertad de expresión).

En todo caso, a nuestro juicio, las únicas limitaciones que se podrían imponer a la realización de estos actos

es que viniesen a alterar la “paz pública”. Esto es, que constituyesen una trasgresión del orden público. Pero, la proyectada Ley parece hacer poco hincapié en este aspecto.

### IX. LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN. Y UNA EVENTUAL APLICACIÓN DEL ART. 513.1 CP

El art. 21.1 CE consagra “*el derecho de reunión pacífica y sin armas*”; señalándose, además, que “*el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa*”. Así pues, como ponen de relieve MARTÍNEZ GARAY y MIRA BENAVENT, “la proclamación de este derecho se realiza, como es propio en un Estado democrático, sin sujetar o subordinar su ejercicio a ningún tipo de tutela, examen o permiso previo por parte de los poderes públicos”<sup>28</sup>. Nuestra Carta Magna tan solo establece una limitación o excepción a este régimen general cuando el art. 21.2 CE dispone que: “*en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes*”<sup>29</sup>. De forma que, como se proclama en la STC 163/2006, de 22 mayo: “*el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa, sin que pueda conceptuarse como un derecho de configuración legal*”. En este sentido, la comunicación previa constituye “*tan solo una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de derechos y bienes de titularidad pública*” (FJ. 2).

En consecuencia, el deber de comunicación previa a la autoridad que establece el art. 21.2 CE es exigible únicamente en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones. No en otros supuestos como, por ejemplo, las reuniones en lugares cerrados (como un pabellón de deportes, un palacio de congresos, un ayuntamiento, etc.).

Así las cosas, como acertadamente destacan MARTÍNEZ GARAY y MIRA BENAVENT, “el patrón al que responde este modelo constitucional de ejercicio

del derecho de reunión es el de una libertad cuya actuación en la práctica no está sometida a ningún tipo de interferencias, condiciones o autorizaciones anteriores a su celebración por parte de los poderes públicos; y en el que únicamente existe un caso en el que, previa comunicación a la autoridad gubernativa, se puede prohibir por la misma una reunión o manifestación antes de su celebración: que se trate de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones y existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”<sup>30</sup>.

Las implicaciones que lo anterior tiene para el caso que nos ocupa son trascendentales, y han sido expuestas brillantemente por MARTÍNEZ GARAY y MIRA BENAVENT<sup>31</sup>, motivo por el cual a continuación pasamos a enumerar algunas de ellas:

- que al deber quedar exentos de responsabilidad penal en un régimen democrático todos los actos anteriores y preparatorios de la difusión de ideas, pensamientos, opiniones, informaciones o reivindicaciones, deberá quedar también exenta de responsabilidad penal la mera convocatoria de una reunión o manifestación; pues dado que este derecho fundamental es de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, la mera convocatoria no es más que un primer paso, un llamamiento previo a otras personas para que acudan al acto convocado, es decir, un acto preparatorio encaminado al posterior ejercicio efectivo del derecho que culminará posteriormente con la celebración de la reunión o manifestación y la difusión material del mensaje comunicativo que se pretenda hacer llegar a terceros
- tanto la prohibición como la autorización del acto resulta contrario a la abolición de la necesidad de autorización previa que se contiene en el art. 21.1 CE
- que se vulnera el contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 21 CE cuando se considera por parte de los tribunales que la mera convocatoria de una reunión o manifestación puede ser constitutiva por sí misma y en todo caso de un acto preparatorio punible equiparable a la provocación para delinquir

28 MARTÍNEZ GARAY, L. y MIRA BENAVENT, J.: *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones: vulneración del derecho fundamental de reunión y manifestación en la instrucción de procesos por delito de pertenencia a organización terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 33.

29 Con todo, obsérvese que el art. 10 LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, contempla incluso (junto con la prohibición de la reunión o manifestación por considerar que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes) que, en su caso, se proponga la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación.

30 MARTÍNEZ GARAY, L. y MIRA BENAVENT, J.: *Audiencia Nacional y prohibición penal...*, op. cit., p. 34.

31 *Ibid.*, pp. 76-80.

- que ninguna autoridad del Estado (ni gubernativa ni judicial) puede prohibir una reunión o manifestación antes de su efectiva celebración basándose para ello únicamente en los lemas, carteles, fotografías, emblemas, símbolos, etc. que acompañen a la convocatoria del acto de que se trate; pues, es el uso concreto de esos lemas, carteles, fotografías, emblemas o símbolos durante la celebración de la reunión o de la manifestación lo que puede dar lugar a la comisión de algún delito.
- que el planteamiento que defienden estos autores (y que compartimos) no implica la impunidad de los eventuales delitos que pudieran cometerse con ocasión del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación durante la celebración del acto en cuestión, y que se derivarían del uso delictivo que alguien pudiera hacer de esos lemas, carteles, fotografías, emblemas, símbolos, etc.; sin perjuicio de las facultades de disolución de la reunión y manifestación que en estos casos otorga a la autoridad gubernativa el art. 5 LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

A este respecto, compartimos plenamente la observación hecha por MARTÍNEZ GARAY y MIRA BENAVENT<sup>32</sup>, para quienes “Los términos suspensión y disolución empleados por el art. 5 de la ley 9/1983 no significan, por tanto, atribuir a la autoridad gubernativa dos potestades diferentes y ejercitables en dos momentos distintos, de tal manera que la suspensión tendría lugar antes de celebración de la reunión o manifestación y la disolución solo se podría llevar a cabo con la reunión o manifestación ya iniciada. En nuestra opinión, se trata de una única potestad referida en todo caso al momento en que ya se ha iniciado la concentración de personas que integran la reunión o manifestación y que operaría de la siguiente manera: si en el momento en que da comienzo el acto convocado se advierte la concurrencia de cualquiera de las tres circunstancias previstas en el art. 5 de la ley 9/1983 (es decir: cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales, cuando se produzcan alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes y cuando se hiciera uso de uniformes paramilitares), entonces se deberá primero interrumpir temporalmente la reunión o manifestación para tratar de hacer desaparecer los motivos de esta interrupción (eso es lo que

significaría suspender la reunión o manifestación), y, si estos desaparecen de forma efectiva, deberá después permitirse la continuación de la celebración del acto; pero si esto no se consigue porque persisten las citadas circunstancias y no hay forma de neutralizarlas, la autoridad gubernativa deberá dispersar a los asistentes y dar por finalizada la reunión o manifestación (eso es lo que significaría disolver la reunión o manifestación)”<sup>33</sup>.

Por todo lo aquí expuesto, cabría concluir que el futuro art. 38.1 de la Ley de Memoria Democrática, es respetuoso con la citada doctrina (aun cuando lo considere un acto contrario a la memoria democrática) porque en él no se prevé ninguna disposición en la que se hable de prevenir y evitar este tipo de actos. En definitiva, los únicos supuestos en que se puede suspender o prohibir tales actos son los contemplados en los arts. 5 y 10 LO 9/1983 (respectivamente); y, por otro lado, que las restricciones de derechos fundamentales (como la planteada en esta Ley) solo pueden llevarse a cabo mediante Ley Orgánica (rango que no posee la citada norma).

También en este ámbito, convendría tener en cuenta algunas disposiciones de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Así, el art. 35.1 establece que: “*Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo, cuando, en cualquiera de estos supuestos, se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas. En el caso de las reuniones y manifestaciones serán responsables los organizadores o promotores*”. Siendo calificada de infracción muy grave y pudiéndose sancionar con multa de 30.001 a 600.000 euros.

El art. 36.7 califica de infracción grave: “*La negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio*”. Pudiéndose sancionar con multa de 601 a 30.000 euros.

Y, por su parte, el art. 37.1 define como infracción leve: “*La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores*”.

32 *Ibid.*, p. 91.

33 A los tres supuestos del art. 5 LO 9/1983 (mencionados por MARTÍNEZ GARAY y MIRA BENAVENT) cabría añadir un cuarto: “*Cuando fueran organizadas por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil infringiendo las limitaciones impuestas en el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en el artículo 8 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil*”. Añadido por la Disposición Final 6ª de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre.



Dicha infracción se sanciona con multa de 100 a 600 euros.

Por último, respecto de la eventual aplicación del delito del art. 513.1 CP, como afirman MARTÍNEZ GARAY y MIRA BENAVENT, “el art. 513.1 CP no prohíbe las manifestaciones que «se convoquen» con el fin de cometer algún delito, sino las que «se celebren» con esa finalidad, luego se refiere necesariamente a actos que se están realizando o se han desarrollado ya”<sup>34</sup>. De manera que, como subrayan estos autores, la convocatoria de una reunión o manifestación, incluso en el caso de que en la propia convocatoria o anuncio se aludiera expresamente a la finalidad delictiva del acto, “únicamente podría constituir una proposición o provocación respecto del delito de reunión o manifestación ilícita, delito que comenzaría a ejecutarse con el inicio de la celebración de la manifestación. Pero, en la medida en que en los delitos de reuniones o manifestaciones ilícitas no se han tipificado expresamente los actos preparatorios, la convocatoria de la reunión o manifestación es una conducta atípica”<sup>35</sup>.

En este sentido, la única respuesta lícita que cabe esperar en un Estado de Derecho ante la sospecha de la posible perpetración de algunos de estos delitos es, como destacan MARTÍNEZ GARAY y MIRA BENAVENT, “efectuar la correspondiente vigilancia —policial— del mismo y, si se llega a cometer una conducta presuntamente constitutiva del delito, proceder a la identificación de los responsables, a la interposición de la correspondiente denuncia, y, si es el caso, a la disolución de la reunión por la vía del art. 5.1. a) de la LO 9/1983”<sup>36</sup>.

### X. DISOLUCIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

La Disposición adicional quinta del Proyecto de Ley de Memoria Democrática prevé que “*Al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.f) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concurrirá causa de extinción cuando las fundaciones no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo. A estos efectos, se considera contrario al interés general la apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezcan a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales*”.

Y, por su parte, la Disposición adicional séptima establece que: “*En el plazo de un año a partir de la en-*

*trada en vigor de la presente ley, se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, con el objeto de incluir como causa de disolución de las asociaciones la realización pública de apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezcan a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales*”.

A nuestro juicio, la disolución de fundaciones y asociaciones que realicen actos de exaltación del franquismo o que causen humillación a sus víctimas debe reputarse inconstitucional por ser contraria al derecho de asociación. Como ya dijimos, tanto una como otra conducta deben quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión. También la alusión a la incitación directa o indirecta al odio creemos que no puede resultar “sancionable”, pues, consideramos que el odio es un sentimiento plenamente legítimo (al igual que la envidia, la ira, etc.). Por el contrario, la única causa de disolución que, en nuestra opinión, podría considerarse es una que ya está prevista en el art. 2 LODA y en el art. 3 de la Ley de Fundaciones que permite disolver judicialmente a la asociación o fundación que incite a la violencia.

Por último, recordar que el art. 515. 4º CP considera asociaciones ilícitas “*Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad*”. Por tanto, la vinculación con la **ideología** podría ser, llegado el caso, una vía a través de la cual proceder a la disolución de dichas entidades (art. 520 CP), con las garantías que proporciona el proceso penal.

### XI. CONCLUSIONES

Para concluir, quisiéramos empezar retomando esa idea recurrente en el ámbito de la libertad de expresión como es la noción de democracia militante. Como vimos, nuestro Tribunal Constitucional, en numerosas ocasiones, ha reiterado que la nuestra no es una democracia militante, esto es, que pueden defenderse otras ideas no concordantes con nuestro sistema democrático siempre y cuando se haga por los cauces previstos para ello en nuestro texto constitucional. Esta concepción

34 *Ibid.*, p. 201.

35 *Ibid.*, p. 202.

36 *Ibid.*, p. 219.

es la que en realidad ha inspirado nuestras consideraciones político-criminales en torno a la introducción de los delitos que aquí han sido objeto de análisis. Si bien, aquellas acciones que, a nuestro juicio, exceden de dicha conceptualización, como abogar por reintroducir sistemas dictatoriales, sí pueden ser castigadas por el Derecho penal.

Lo anterior enlaza con otra idea íntimamente conectada cual es la del populismo punitivo, entendido como una forma de “gobernar a través del delito”. A este respecto, el Código penal no se puede utilizar como arma contra una cierta ideología. Las ideas no deben perseguirse penalmente, sí los hechos. Y el problema aquí es que conductas como las de enaltecimiento, otras lesivas de la dignidad de las personas, y algunas consideradas de odio parecen estar bastante alejadas de lo que consideráramos una conducta mínimamente relevante para el Derecho penal. A lo sumo, algunas de estas conductas, en los casos más graves, podrían reconducirse a alguna modalidad de “perturbación” del orden público.

En consecuencia, si se quiere que el Derecho Penal siga siendo un auténtico instrumento de tutela de los más valiosos bienes jurídicos frente a los ataques verdaderamente más intolerables, entonces debemos huir de esa deriva “simbólica” a la que contribuirían preceptos como los aquí rechazados. E igualmente desechar cualquier atisbo de incriminación de conductas con una irrelevante o nula carga ofensiva.

Por último, no quisiéramos dejar perder la oportunidad de expresar en estas líneas el sesgo que, apriorísticamente, se observa en las propuestas que aquí han sido objeto de estudio. Nos referimos al hecho —por otro lado, advertido al inicio— de que los delitos sugeridos aluden al franquismo, pero, sin embargo, también se refiere a las víctimas de la Guerra civil española. En relación con esto último, cabría destacar que víctimas de la Guerra civil lo fueron tanto las de un bando como las del contrario. Por ello, una interpretación correcta del futurible art. 510 bis CP debiera abarcar, naturalmente, a ambas, lo que nos genera dudas acerca de si el pre-legislador también lo concebía así, pero, esto ya son consideraciones que quedan extramuros del Derecho penal. E, igualmente, cabría recordar que atrocidades no sólo se cometieron —ya en tiempos del régimen franquista— por parte del aparato de Estado.

En resumen: 1) a través de la figura de la provocación/apología del art. 18 CP ya pueden sancionarse conductas que inciten directamente a la comisión de determinados delitos cuando se produzcan bajo un mensaje o contexto ideológico determinado; 2) la dignidad que, en su caso, debiera tutelarse no es la de “cualquier persona”, sino la de las víctimas o sus familiares; sin

embargo, como hemos sostenido para ello no es preciso crear tipos específicos que no hacen sino atentar contra el principio de igualdad; y, 3) el art. 510.1 a) CP ya supone una herramienta para la persecución de quienes inciten al odio, hostilidad, violencia o discriminación contra determinados grupos por razón de su ideología.

Como advertimos al inicio de este trabajo, las diferentes propuestas legislativas aquí analizadas caducaron por expiración de la Legislatura en que fueron presentadas, no habiéndose retomado recientemente. Sin embargo, algunas de ellas (como la celebración de actos públicos de exaltación del franquismo) se intentaron introducir nuevamente en el Proyecto de Ley de Memoria Democrática (actualmente en tramitación) como infracciones administrativas. Debe ser, como apunta irónicamente NÚÑEZ CASTAÑO, que “la libertad de expresión se vulnera menos con una multa que con una pena privativa de libertad”<sup>37</sup>.

En definitiva, la criminalización de conductas como las aquí comentadas no aporta nada a la tutela de valores dignos de protección, siendo el recurso “simbólico” a este tipo de figuras delictivas una decisión hasta contraproducente.

Por último, derechos como el de reunión y manifestación deben ser respetados hasta sus últimas consecuencias, en un Estado democrático. De ahí que, en consonancia con lo anterior, el derecho de asociación deba quedar restringido únicamente a supuestos verdaderamente graves; no siéndolo, a nuestro juicio, ni el enaltecimiento del franquismo ni la humillación u odio hacia sus víctimas.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada, Comares, 1999.
- GALÁN MUÑOZ, A.: “Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, *Revista Penal*, núm. 46, 2020, pp. 41-66.
- GASCÓN CUENCA, A.: “La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2018, pp. 177-198.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Política y delito”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, 2019, pp. 18-47.

37 NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 252.

- GORJÓN BARRANCO, M. C.: *Ciberterrorismo y delitos de odio motivados por ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- LEÓN ALAPONT, J.: “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, *Diario La Ley*, núm. 9572, 2020, pp. 1-15.
- LEÓN ALAPONT, J.: “Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿penalmente relevantes?”, en ACALE SÁNCHEZ, M.; NIETO MARTÍN, A. y RODRÍGUEZ MIRANDA, A. (Dirs.): *Reformas penales en la península ibérica: ¿la “jangada de pedra”?*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 77-102.
- LEÓN ALAPONT, J.: “El odio hacia las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo: ¿nuevo paradigma punitivo?”, en CONTRERAS MAZARÍO, J. M. y SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (Dirs.): *El tratamiento normativo del discurso del odio*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 183-203.
- LEÓN ALAPONT, J.: “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo”, en TEIJÓN ALCALÁ, M. (Dir.): *El odio como motivación criminal*, Madrid, Wolters Kluwer-La Ley, 2022, pp. 207-235.
- LEÓN ALAPONT, J.: “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-01, 2022, pp. 1-46.
- LEÓN ALAPONT, J.: *Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MARTÍNEZ GARAY, L. y MIRA BENAVENT, J.: *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones: vulneración del derecho fundamental de reunión y manifestación en la instrucción de procesos por delito de pertenencia a organización terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.
- ROIG TORRES, M.: “El delito de apología y enaltecimiento del franquismo. Contraste con la regulación alemana”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, pp. 1-51.
- ROIG TORRES, M.: “El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-07, 2021, pp. 1-31.
- ROIG TORRES, M.: “Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 31, 2021, pp. 358-391.
- SIMÓN CASTELLANO, P.: “La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al Discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo”, en LEÓN ALAPONT, J. (Dir.): *Temas clave de Derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, Barcelona, JM Bosch, 2021, pp. 557-586.
- SIMÓN CASTELLANO, P.: “Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios. Un debate renovado a luz del declive de la libertad de expresión en España”, *Revista Penal México*, núm. 19, 2021, pp. 117-132.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del Sistema Penal (2ª edición)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*




**www.tirantonline.com**


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 96 369 41 51

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)