

LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA

“La regulación penal alemana sobre la **discriminación racial y la xenofobia** tras la nueva <<ley de lucha contra la criminalidad>> (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) del 28 de octubre de 1994” en **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1996**, pp. 529-589.

LA REGULACIÓN PENAL ALEMANA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y LA XENOFobia TRAS LA NUEVA "LEY DE LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD" (*VERBRECHENSBEKÄMPFUNGSGESETZ*) DE 28 DE OCTUBRE DE 1994.

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA

INDICE.

1. Introducción.
2. Cuestión previa: normativa penal anti-nacionalsocialista en Alemania.
3. Historia legislativa reciente de la normativa penal anti-nacionalsocialista:
 - 3.1. La 6. *StÄG* de 30 de junio de 1960: los párrafos 96a, 130 y 189.
 - 3.1.1. La "incitación a la población" (*Volksverhetzung*: párrafo 130).
 - 3.1.2. La "utilización de señas de identidad" (párrafo 96a).
 - 3.1.3. Las "injurias a la memoria de los muertos" (párrafo 189).
 - 3.2. La 21. *StÄG* de 13 de junio de 1985: los párrafos 76a, 78, 86a y 194.
 - 3.2.1. La confiscación de escritos (párrafos 76a y 78).
 - 3.2.2. La "utilización de señas de identidad" (párrafo 86a).
 - 3.2.3. La mentira de *Auschwitz* (párrafo 194).
4. La ley de lucha contra la criminalidad alemana (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994: la nueva situación jurídica.

4.1. Realidad sociológica: la ola de odio y violencia xenófoba.

4.2. Breve historia legislativa de la "Ley de lucha contra la criminalidad" de 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) en relación principalmente a la normativa anti-nacionalsocialista.

4.3. La modificación de los párrafos 86, 86a, 130 y 131.

4.3.1. La "utilización de señas de identidad" (párrafos 86 y 86a).

4.3.2. La "incitación a la población" (párrafos 130 y 131).

A) La originaria "incitación a la población" (párrafo 1 del párrafo 130).

B) La incitación mediante escritos (antiguo párrafo 131 y actual párrafo 2 del párrafo 130).

C) La nueva incriminación de la mentira de *Auschwitz* (párrafo 3 - y 4- del párrafo 130).

D) La cláusula de adecuación social (párrafo 5 del párrafo 130).

5. Reflexiones finales.

Abreviaturas utilizadas.

Bibliografía.

Anexo normativo.

1. INTRODUCCIÓN.

Por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo han visto la luz en nuestro ordenamiento jurídico-penal una serie de preceptos que, como su "Exposición de motivos" señala, se dirigen aparentemente a un doble objetivo: por un lado, a la lucha contra la violencia racista y antisemita en general - fundamentalmente de carácter nazi- y, por otro lado, a la lucha contra las prácticas genocidas en particular, con referencia expresa a la guerra de la antigua Yugoslavia¹.

¹.- El primer párrafo de la Exposición de Motivos de la LO

El artículo 1 de la LO 4/1995 amplía la tipificación referente al genocidio incriminando la apología del mismo² y añadiendo las penas correspondientes de inhabilitación absoluta (para el caso de comisión del delito de genocidio o de su apología por autoridad o funcionario público) o de inhabilitación especial para empleo o cargo público (según arbitrio judicial, para la comisión de los citados delitos por un particular)³.

En los artículos 2 y 3 de la citada ley se incorporan respectivamente un delito de provocación a la discriminación racial -entre otros motivos-, e incluso la apología del mismo, y una nueva circunstancia agravante genérica para la comisión de delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas, etc...⁴ Estos dos artículos no se

4/1995 señala lo siguiente:

"La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre."

².- En el vigente artículo 137 bis b) del Código penal se tipifica la apología del delito de genocidio de la siguiente forma:

"La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior [en referencia al delito de genocidio del actual 137 bis a)] se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo."

La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalzen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito."

³.- Art. 137 bis c): "En caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta; y si fuera un particular, los Jueces o Tribunales podrán aplicar la de inhabilitación especial para empleo o cargo público."

⁴.- Así el artículo 2 incorpora el Art. 165 ter:

circunscriben al fenómeno más concreto del genocidio sino que parecen concebidos con una vocación más general, a saber, la de hacer frente a "la violencia racista y antisemita".

En el nuevo Código penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) que presumiblemente entrará en vigor a finales de Mayo de 1996, se vienen a recoger esencialmente⁵ las líneas de política legislativa penal anti-discriminación racial avanzadas por la LO 4/1995⁶. Con todo, junto a los tipos -en

"1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito."

El artículo 3 alude a la nueva circunstancia agravante de suerte que se incorpora al Art. 10 "Son circunstancias agravantes: [...]" un nuevo apartado 17:

"Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima."

⁵.- Así en el Código penal de 1995 se regula la agravante en el artículo 22 apartado 4 -si bien no se limita a unos determinados delitos a diferencia de la LO 4/1995-, el delito de provocación a la discriminación racial en el artículo 510 y las referencias al genocidio y su apología en los artículos 607, 615 y 616.

⁶.- En los trabajos legislativos de la LO 4/1995 el grupo parlamentario socialista propone mediante una de sus enmiendas (la número 6) la introducción de la agravante genérica así como la creación del delito de provocación a la discriminación. Con ello se amplía considerablemente la proposición de ley presentada por el grupo parlamentario Popular en el Congreso que sólo afectaba al genocidio. La motivación para la enmienda socialista, que posteriormente cristalizó en ley, consistía literalmente en "Adelantar las propuestas que el Proyecto de Código Penal remitido a las Cortes contiene [...]". CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie B: Propositiones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7, Enmiendas, p. 15.*

parte modificados y ampliados- de la LO 4/1995, se añaden otros preceptos nuevos⁷, ampliándose considerablemente el número de tipos relacionados con la discriminación racial. En cualquier caso, a pesar de las novedades y modificaciones que, de entrar en vigor, introducirá el nuevo Código penal de 1995, entendemos que las consideraciones, críticas y observaciones de este estudio son igualmente aplicables tanto a la LO 4/1995 como al futuro nuevo Código penal en cuanto que como ya hemos señalado, guardan una esencial similitud en el planteamiento político-criminal.

La situación jurídico-penal española precedente en materia racista y xenófoba contaba únicamente con la normativa específica de los preceptos 165 y 181bis (denegación de prestación discriminatoria cometida por particular y funcionario respectivamente) del vigente Código penal de 1973, así como el precepto de asociaciones ilícitas que considera como tal a la asociación que promueva la discriminación racial o incite a ella -artículo 173-4º-. Todos estos delitos fueron introducidos con la reforma parcial y urgente de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código penal), a la que ahora se vienen a sumar los preceptos de la LO 4/1995 o eventualmente los del Código penal de 1995. De esta forma España se viene a adherir a la política criminal ya desarrollada en otros países para la prevención y represión de comportamientos xenófobos que alteran gravemente la convivencia y la garantía de igualdad de los ciudadanos frente a ataques discriminatorios.

Dada la novedad de la regulación penal anti-discriminación en nuestro país, consideramos que es de gran utilidad conocer la experiencia jurídica de otros países y, en concreto, de Alemania, en el tratamiento penal de las conductas referidas. Por ello el objetivo del presente estudio se dirige a realizar una **presentación informativa** de la situación alemana jurídico-penal material en la lucha contra la discriminación racial y, en particular, en la lucha anti-nacional-socialista, con el fin de conocer la tipología de conductas y los problemas dogmáticos a los que los alemanes se han visto obligados a enfrentarse, así, como los preceptos penales que efectivamente han utilizado en el combate del racismo y la xenofobia a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

Nos interesa destacar en este momento el hecho de que la LO 4/1995 adelanta las líneas esenciales del programa político-criminal del Código penal de 1995 en la materia que nos ocupa.

⁷.- El nuevo Código penal introduce nuevos tipos penales en relación a la discriminación racial en materias tan heterogéneas como la discriminación en el trabajo (artículos 314 y 318), o las amenazas (artículo 170), o revelación de secretos (artículo 197). Por otro lado se amplía la vigente denegación de prestación discriminatoria en los nuevos artículos 511 y 512.

La normativa penal alemana en esta materia se remonta ya a la época inmediatamente posterior a la trágica experiencia del nacionalsocialismo. No obstante, recientemente se ha producido una importante modificación-actualización del Código penal en relación a los delitos de provocación xenófoba, lo que, a nuestro juicio, dota de mayor oportunidad e interés al análisis que ahora se aborda.

En efecto, el 28 de octubre de 1994 fue aprobada en Alemania la "Ley de lucha contra la criminalidad" (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) que ha entrado en vigor el 1 de diciembre de dicho año⁸. Esta ley introduce un conjunto de reformas que van más allá de lo puramente penal material y que afectan a otros cuerpos legales como el Código procesal penal (*Strafprozeßordnung*), la ley de extranjeros (*Ausländergesetz*), la ley del procedimiento de asilo (*Asylverfahrensgesetz*), la ley de narcóticos (*Betäubungsmittelgesetz*), la Ley referente al artículo 10 de la Ley Fundamental (*Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz*), etc... En el artículo 1 de dicha ley -referente a las reformas del Código penal alemán (*StGB*)-, en los apartados 5 a 8, se procede a la modificación de una parte de los instrumentos penales específicos para la lucha contra "[...] los excesos de extrema derecha así como xenófobos"⁹. De los

⁸.- "Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) vom 28. Oktober 1994" (Ley de reforma del Código penal, del Código procesal penal y de otras leyes -Ley de lucha contra la criminalidad- de 28 de octubre de 1994) en *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 1994, Teil I, 3186 ss. (*BGBI. I*, 3186). A partir de ahora citada como *VBG*.

⁹.- En el Proyecto de ley de lucha contra la criminalidad presentado por los partidos *CDU/CSU* y *FDP* (partidos demócratacristiano y liberal que gobernaban en coalición al tiempo de aprobación de la ley) ya se señala -en la descripción del problema al que la futura ley se quiere dirigir- el objetivo específico de "hacer frente a los excesos de extrema derecha así como xenófobos con todos los medios jurídicos disponibles de una manera decidida y expresa". *CDU/CSU y FDP: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz)*. 18.02.94. *BT-Dr 12/6853*, p. 1.

De forma más concreta, en la fundamentación general de dicho proyecto, en el apartado IV, número 2, se alude a los párrafos entonces vigentes 86 a) párrafo 2, 130 y 131 párrafo 1 como aquellos tipos específicos que, en sede penal, serán objeto de reforma para mejorar la "lucha contra la propaganda de extrema derecha y xenófoba" (p. 19).

Como más adelante precisaremos, la ley que finalmente resultó aprobada se vió sustancialmente ampliada en sus

diversos trabajos legislativos se constata, a nuestro juicio, un paralelismo innegable entre Alemania y España en la **situación fáctica** a la que se quiere hacer frente con la modificación legislativa penal material en lo que al fenómeno racista y xenófobo se refiere¹⁰.

No cabe duda que la situación alemana en temas de racismo y xenofobia -y más específicamente en el tema del fenómeno neonazi- es punto obligado de referencia por **razones históricas** obvias. En efecto, la tragedia de la segunda guerra mundial está históricamente ligada a la ideología nacionalsocialista y especialmente a su contenido racista basado en la creencia de que existen razas superiores e inferiores. La segunda guerra mundial y el holocausto judío es una asociación mental inmediata y directamente relacionada con el contenido racista de la tragedia a que hemos aludido. Este presupuesto ideológico de la superioridad de unas razas frente a otras reaparece en los movimientos neonazis posteriores a la segunda guerra mundial tanto en Alemania como en Europa o Estados Unidos¹¹.

Además el hecho de que históricamente sea Alemania la "creadora" del nacionalsocialismo que llevó al holocausto condicionó la estructuración política de postguerra y las características del nuevo Estado alemán occidental. En definitiva, la nueva República federal alemana se conforma a partir de la amarga experiencia de la guerra y del holocausto y, por ello, una de las principales cuestiones a las que se dará prioridad es, precisamente, a la evitación a toda costa de

aspectos jurídico-penales materiales anti-xenófobos fruto, esencialmente, de la aportación realizada por la Comisión jurídica del *Bundestag* en su "propuesta de resolución" por la que se modifica también el parágrafo 86 y se profundizan aún más las reformas del Proyecto gubernamental. RECHTSAUSSCHUß: *Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 18.05.94. BT-Dr 12/7584, pp. 4 y 5.

¹⁰.- Véase la fundamentación general, apartado II, del Proyecto de ley gubernamental en el que se alude a la ola de odio y violencia que comenzó en 1991 en Alemania, ante todo contra los ciudadanos extranjeros, los solicitantes de asilo y sus alojamientos, así como contra los lugares conmemorativos judíos que alcanzaron su máxima expresión de terror en el ataque incendiario asesino de Mölln (noviembre de 1992) y Sollingen (mayo de 1993). CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 18.

¹¹.- En los "Informes de protección de la Constitución" (*Verfassungsschutzbericht*) del Ministerio de interior alemán se proporcionan datos que corroboran lo afirmado. Así, por ejemplo, en el informe más reciente (1994) se alude al componente racista de los grupos neonazis y de extrema derecha así como a sus conexiones internacionales. BUNDESMINISTERIUM DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1994*, Bonn, Juli, 1995, pp. 15 ss.; pp. 75 ss. (especialmente pp. 162 ss.).

que la historia se repita¹². Esta realidad tendrá su correspondiente repercusión en el ámbito penal en la medida en que inmediatamente después de la segunda guerra mundial, exactamente en febrero del año 1950, comienzan las iniciativas legislativas penales para hacer frente a posibles agresiones contra grupos de población alemana según su raza, creencia o ideología: en el citado mes el grupo del partido socialdemócrata (SPD) presenta un proyecto de ley ante el *Bundestag* titulado "Proyecto contra los enemigos de la Democracia"¹³. Este proyecto puede considerarse como el principio de la historia legislativa reciente -tras la segunda guerra mundial- en el tema que nos ocupa, ya que supone el inicio de la discusión legislativa que finalmente dará lugar a la introducción del actual parágrafo 130 del *StGB* -entre otros- en el año 1960: el polémico *Volksverhetzung* (Incitación a la población)¹⁴.

¹².- El "Informe de protección de la Constitución" alude en el prefacio del ministro del interior a que el Estado de Derecho y libertad dispone de un instrumentario para evitar que se repita el proceso histórico en el que los principios de la Constitución pueden ser atacados y socavados por sus enemigos. BUNESMINISTERIUM DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht, 1994*, p. 3.

¹³.- En tal proyecto, en su parágrafo 9, se alude a un tipo penal dirigido a proteger a grupos de personas en Alemania determinados por su raza, creencia o ideología, o a personas pertenecientes a dichos grupos, del ataque público consistente en una lesión de la dignidad humana o de los derechos humanos en cuanto ruptura de la paz jurídica. También se castiga la conducta cuando se dirige contra costumbres de los grupos señalados o contra cosas que sirvan a costumbres de los mismos. En su apartado 2º se hace referencia a la comisión violenta de la conducta, bien sea mediante la utilización efectiva de la misma, bien sea por amenaza de su uso, o bien incitando a acciones violentas.

En cualquier caso en este momento, más allá del tipo concreto en detalle, interesa destacar cómo la acción debe dirigirse contra grupos cuyo elemento común sea la raza, las creencias o la ideología o miembros individuales de tales grupos. SPD: *Antrag der Fraktion der SPD. Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie. 15.02.50. BT-Dr 1/563*.

¹⁴.- El parágrafo 130 fue modificado y convertido en *Volksverhetzung* frente al anterior parágrafo contra la lucha de clases. Sobre el parágrafo 130 anterior a la reforma de 1960 ver, por todos, KRONE, Gunnar: *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mainz, 1979, en especial, pp. 126 ss.; PAEPCKE, Peter: *Antisemitismus und Strafrecht*, Freiburg, 1962, pp. 126 ss. Un análisis en detalle del contenido y proceso legislativo de la "6ª ley de modificación del Código penal" (6. *Strafrechtsänderungsgesetz -6. StÄG-*,

Como vemos, por un lado, el fenómeno fáctico objeto de la discusión penal en esta materia hunde sus raíces en la tragedia nacionalsocialista alemana y se liga en la actualidad con su continuación ideológica -neonazi- de postguerra. Por otro lado, la lucha contra dicho fenómeno -desde la perspectiva específica del legislador penal- presenta una **larga historia legislativa** y puede servir, por ello, para aportar la experiencia, conclusiones y errores de una lucha de 45 años. Además podrá también servir para darnos noticia de la tipología actual de conductas que en este ámbito son características lo que facilitará la futura reflexión político-criminal con base en un conocimiento del fenómeno real. En definitiva se nos brinda a través del estudio de la situación alemana una ventana privilegiada para conocer el presente y futuro de esta problemática.

Las especificidades señaladas justifican sobradamente la elección de Alemania y no de cualquier otro país. Con todo, a las razones expuestas sobre la importancia de analizar Alemania, se añade además la novedad que supone la **reciente y sustancial reforma** del instrumentario penal en materia de discriminación racial que se ha llevado a cabo en dicho país. Precisamente en la "Ley de lucha contra la criminalidad alemana" (VBG) se opera una transformación sustancial del párrafo 130 al que se pretende convertir, según la voluntad del legislador, en un tipo general anti-discriminación¹⁵.

Trataremos, a continuación, de dar cuenta de la situación jurídica resultante en Alemania tras la citada reforma, y en especial de uno de sus tipos más polémicos¹⁶ y relevantes -el

BGBI.I, 478) de 30-6-60 que llevó a la creación del actual párrafo 130 en SCHAFFHEUTLE, Josef: "Das sechste Strafrechtsänderungsgesetz", en JZ 1960, pp. 470 ss.

La traducción literal del término *Volksverhetzung* sería "Amotinamiento del pueblo", pero nos ha parecido más correcto teniendo en cuenta el contenido del mismo recurrir a la traducción de "incitación a la población".

¹⁵.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24 en el que se especifica que la transformación de los hasta el momento vigentes párrafos 130, 131 se orienta principalmente a la configuración de un tipo general de anti-discriminación a partir de la "incitación al odio racial" (*Aufstachelung zum Rassenhaß*) del hasta entonces vigente párrafo 131.

¹⁶.- A modo de ejemplo baste con recordar el escándalo político interno e internacional que provocó el caso *Deckert* al que, si bien se le aplicó el párrafo 130, se le atenuó el castigo en la medición de la pena debido a las convicciones ideológicas (cercanas al nacionalsocialismo) del inculpado. Ver sentencia en *NJW* 1994, pp. 2494 ss.

parágrafo 130-, como una forma de aproximarnos a los problemas a los que cualquier legislador penal -y también el español- debe enfrentarse a la hora de combatir el racismo¹⁷. Por último, a modo de conclusión, haremos una breve comparación entre la situación alemana y la nueva realidad jurídica española reflejada tanto en la LO 4/1995 como en la normativa del nuevo Código penal de 1995.

2. CUESTION PREVIA: NORMATIVA PENAL ANTI-NACIONALSOCIALISTA EN ALEMANIA.

Antes de comenzar el análisis de la reforma de la VBG en sí, conviene dar una perspectiva general de cuál es la normativa específica anti-nacionalsocialista¹⁸, para así estar

¹⁷.- A lo largo de este estudio se utilizarán los términos racismo, fenómeno racista, xenofobia...con la pretensión de aludir a la violencia -en sentido amplio- motivada por racismo o xenofobia. La precisión exacta de tales conceptos excede las pretensiones de este trabajo. En relación a tales conceptos ver: GEISS, Imanuel: *Geschichte des Rassismus*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 14 ss. Ver también DE LUCAS, Javier: "El racismo como coartada", en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Colección solidaridad 6, Madrid, 1994, pp. 22 ss.

¹⁸.- Desde el punto de vista fáctico el fenómeno de la lucha contra la discriminación racial se asocia con la forma específica de la discriminación racial desde una ideología nacionalsocialista o neonazi. No es éste el momento idóneo para profundizar en las diferencias entre estos conceptos; basta por ahora con apuntar el salto que se produce al identificar una especie -discriminación desde la ideología nazi o neonazi- y el género -la discriminación en general-. Ver en esta línea: ESCHEN, Klaus: "Das 21. Strafrechtsänderungsgesetz-eine stumpfe Waffe gegen den Rechtsradikalismus", en *ZRP* 1983, p. 11, en donde al definir la "extrema derecha" (*Rechtsextremismus*) alude como rasgo distintivo a la consustancial concepción racista. Ver también en relación al requisito adicional de "ataque a la dignidad humana" que se precisaba para incriminar la negación del holocausto nazi (la llamada *Auschwitzlüge*), la relación directa que se establece con la ideología racista, en BEISEL, Daniel: "Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge", en *NJW* 1995, p. 998; VON BUBNOFF, Eckhart: "Die strafrechtliche Bekämpfung rechtsextremistischer Aktivitäten", en *ZRP* 1982, p. 119.

Sí conviene, sin embargo, señalar que tal confusión o identificación de conceptos obedece en Alemania a que las discriminaciones que de hecho motivan al legislador a crear tipos penales anti-discriminatorios provienen principalmente del universo ideológico nacionalsocialista (ver, por ejemplo, KÖNIG, Peter/SEITZ, Helmut: "Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes", en *NStZ* 1995, p. 3, en donde se afirma que el caso *Deckert* actuó como desencadenante del

en situación de comprender el exacto alcance de los cambios operados. Pero esto resulta ya una cuestión de enorme complejidad debido al desconocimiento general que hay respecto a esta normativa¹⁹, que se refleja también en el abandono por la doctrina científica de un tipo central en esta materia como es el parágrafo 130 *StGB*²⁰.

Siguiendo a OSTENDORF cabe clasificar la normativa penal alemana antinazi en tres grupos diferentes: los delitos de organizaciones, los delitos de propaganda y los delitos de violencia²¹.

En el primer grupo -delitos de organizaciones-²² se encuentran en primera línea los actuales parágrafos 84 y 85 *StGB*²³, así como los parágrafos 129 y 129a²⁴ y las normas correspondientes de la "ley de reunión" (*Versammlungsgesetz*)²⁵.

nuevo párrafo 3 del parágrafo 130), pero que, sin embargo, a la hora de realizar en concreto la ley se tiende a la generalización del tipo para huir del presunto "privilegium odiosum" que resultaría de configurar éste para proteger especialmente a los judíos -principales destinatarios del odio nazi-. Ver STRENG, Franz: "Das Unrecht der Volksverhetzung", en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1987, pp. 502 ss.

¹⁹.- Así OSTENDORF, Heribert: "Neo-nazismus und seine strafrechtliche `Bewältigung'", en *Gustav-Radbruch-Forum für Rechtspolitik, Rechtswissenschaft, Rechtspraxis, Oldenburg*, 7./8.5.1983, SPD, p. 99, quien achaca tal desconocimiento, en parte, a lo general que resulta la configuración de estos tipos penales de manera que su finalidad resulta irreconocible y, en parte, a que se encuentran tan ocultos que permanecen sin ser descubiertos ni por los tribunales.

²⁰.- STRENG: "Das Unrecht...", p. 501.

²¹.- OSTENDORF: "Neonazismus und...", pp. 99, 100 y 101.

²².- OSTENDORF: "Neonazismus und...", p. 100.

²³.- Parágrafo 84: *Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei* (Continuación de un partido declarado anticonstitucional).

Parágrafo 85: *Verstoß gegen ein Vereinungsverbot* (Incumplimiento de una prohibición de asociación).

²⁴.- Parágrafo 129: *Bildung krimineller Vereinigungen* (Creación de asociaciones criminales).

Parágrafo 129a: *Bildung terroristischer Vereinigungen* (Creación de asociaciones terroristas).

²⁵.- Ver parágrafos 3 y 28 de la *Versammlungsgesetz* [Gesetz

Los delitos de propaganda²⁶ estarían integrados por un lado por los párrafos 86 y 86a²⁷ y por otro por el actual párrafo 130, el cual unifica en su versión actual -tras la reforma de la "ley de lucha contra la criminalidad" VBG- el anterior párrafo 130, reformado y ampliado, más parte del anterior párrafo 131²⁸. En relación a la parte correspondiente a la incitación al odio racial mediante escritos del anterior párrafo 131 -actualmente integrado en el 130- hay que tener en cuenta además la "Ley sobre difusión de escritos peligrosos para los jóvenes" (GJG), en especial su párrafo 6²⁹.

Por último resta el tercer grupo -los delitos de

über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) del 24-7-1953 -BGBI. I, 684- en su versión del 15-11-1978 -BGBI. I, 1789- con la última modificación por ley del 9-6-1989 -BGBI. I, 1059-] en relación a la prohibición de uniforme en WACHE, Volkhard: "Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)", 108. Ergänzungslieferung, Stand: 1.1.1994 en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max: *Strafrechtliche Nebengesetze, Band IV*, V 55, 1.-5. Auflage, München, 1994.

²⁶.- OSTENDORF: "Neonazismus und...", pp. 100 y 101.

²⁷.- Párrafo 86: *Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen* (Difusión de elementos propagandísticos de organizaciones anticonstitucionales).

Párrafo 86a: *Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen* (Utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales).

²⁸.- El párrafo 131 en su versión anterior a la reforma de la VBG de 1994 recibía el nombre de *Gewaltdarstellung; Aufstachelung zum Rassenhaß*. Tras la VBG su nombre es *Gewaltdarstellung*, sin más (Representación de violencia), habiéndose integrado -reformada- la anterior conducta de *Aufstachelung zum Rassenhaß* (Incitación al odio racial) en el actual párrafo 130.

²⁹.- Ver STEINDORF, Joachim: "Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften [GJS]", 112. Ergänzungslieferung, Stand: 1.2.1995 en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max: *Strafrechtliche Nebengesetze, Band II*, J 214, 1.-5. Auflage, München, 1995. En especial el párrafo 6 GJS [*Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften* en su versión del 12-7-1985 -BGBI. I, 1502- con la última modificación por Art. 16-1º de la VGB]. Crítico con la introducción del párrafo 131 respecto a la GJS ver BEISEL: "Die Strafbarkeit...", pp. 1000, 1001. También crítico respecto a la indeterminación del párrafo 131 y sobre su introducción en el StGB ver GEHRHARDT, Erwin: "Gewaltdarstellungsverbote im Strafrecht", en *Justiz und Medien*, Neuwied/Darmstadt, 1980, pp. 113 ss.

violencia³⁰- en el que únicamente se encuentra como norma específica anti-nazi el parágrafo 220a³¹.

A esta triple clasificación de OSTENDORF³² se debe añadir una referencia a la normativa específica anti-nazi existente en sede de los delitos que protegen el honor/sentimiento de piedad³³, ya que precisamente la perseguibilidad de estos delitos ha sido uno de los ejes centrales de debate en las reformas más importantes de la legislación anti-nazi³⁴. Fruto de

³⁰.- OSTENDORF: "Neonazismus und...", p. 101.

³¹.- Parágrafo 220a: *Völkermord* (Genocidio).

³².- OSTENDORF: "Neonazismus und...", pp. 99 y 100. Este autor deja fuera de la clasificación de los delitos específicamente anti-nacionalsocialistas la normativa general de los delitos de lesiones y delitos contra la vida así como los delitos de protección de la "personalidad" (en referencia a los actuales parágrafos 185 ss., que son los equivalentes a los delitos contra el honor).

³³.- En los parágrafos 185 ss. se regulan en el *StGB* los delitos contra el honor. JAEN VALLEJO, Manuel: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pp. 186 ss., traduce el término *Beleidigung* (parágrafo 185) por injuria; el de *Üble Nachrede* (parágrafo 186) por difamación; y, finalmente, el de *Verleumdung* (187) por calumnia. Nosotros nos referiremos al conjunto de delitos contra el honor como "injurias" en un sentido amplio en la medida en que no son términos exactamente coincidentes con los españoles y que la propia sección 14 del *StGB* intitula como *Beleidigung* el conjunto de parágrafos desde el 185 hasta el 200.

Por otra parte hay que tener en cuenta que dentro de la citada sección 14 del *StGB*, en el parágrafo 189 (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*) el bien jurídico protegido es según LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21. neubearbeitete Auflage, München, 1995, Vor parágrafo 185 ss.; parágrafo 189, n° 1, el sentimiento de piedad (*Pietätsgefühl*) y no el honor. No obstante nosotros traduciremos *Verunglimpfung* también por injurias en la medida en que tal verbo apunta a una suerte de injuria (*Beleidigung*) cualificada (según Lackner/Kühl "*Verunglimpfen ist mehr als beleidigen*" -parágrafo 189, n° 3-).

³⁴.- Aunque más adelante analizaremos de forma más pormenorizada las reformas legislativas más importantes en esta materia, cabe adelantar que en la reforma de 1960 -6. *StÄG*- se excepciona la regla general de incoación del proceso mediante la presentación de *Strafantrag* (querrela) en el supuesto de "injurias a la memoria de los muertos" (parágrafo 189 *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*) para el caso de que el fallecido sea una víctima del nacionalsocialismo (además de otros requisitos que analizaremos en el apartado 3.1.3.).

ello, hoy en día, según el parágrafo 194-I y II, tanto en los supuestos de los párrafos 185-187a (supuestos de "injurias"), como en el caso del 189 ("injurias a la memoria de los muertos"), los delitos son "perseguidos de oficio"³⁵ en relación a supuestos que tienen que ver con el régimen nacionalsocialista -entre otros³⁶- en las condiciones -y con los requisitos- que más adelante estudiaremos³⁷.

Hasta ahora hemos expuesto la normativa específica vigente hoy en día en Alemania para la lucha contra el nacionalsocialismo. No hemos pretendido en ningún momento una clasificación exhaustiva y rígida, ya que, en efecto, otros muchos pueden ser los tipos penales del *StGB* que tengan aplicación en las conductas de las personas y organizaciones

Posteriormente se amplía tal "privilegio" (no obligación de presentación de "querrela" para la perseguibilidad del delito) para los supuestos de las "injurias" de los tipos 185-187a en la 21ª ley de modificación del Código penal (21. *Strafrechtsänderungsgesetz*, 21. *StÄG*, -*BGBl.I*, 965-) de 13-6-1985; ver apartado 3.2.3.

Con respecto al término *Strafantrag*, no tiene equivalente exacto en el derecho procesal español. Según ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht*, 24. Auflage, München, 1995, p. 74, en el caso del vigente parágrafo 194 se produce una especial configuración del *Strafantrag*: en los delitos del parágrafo 185 ss. y del parágrafo 189 es necesaria -como regla general- la presentación de *Strafantrag* para que se pueda perseguir el delito. Pero en el supuesto de que:

1) el sujeto pasivo de la injuria (parágrafo 185 ss.) o el fallecido (parágrafo 189) hayan sido víctimas del régimen nacionalsocialista o de otro régimen violento o arbitrario, y, 2) la injuria tenga relación con ello, se libera de la obligación de persecución del delito mediante presentación de *Strafantrag*. Esto quiere decir que se perseguirá de oficio con la salvedad de que los legitimados para presentar la *Strafantrag* se opongan, en cuyo caso -de forma irrevocable- no cabrá tal persecución de oficio.

En cualquier caso, nosotros lo traduciremos por el término "querrela" al que más se aproxima.

³⁵.- Con la reserva indicada en el pie de página anterior.

³⁶.- En el parágrafo 194 se hace referencia expresa al régimen nacionalsocialista pero también a otros regímenes violentos y arbitrarios "[...] unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft [...]".

³⁷.- Ver LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, parágrafo 194, nº 1 ss. Ver también apartados 3.1.3. y 3.2.3.

neonazis³⁸. El objetivo era más bien dar cuenta de los instrumentos penales más claramente anti-nazis y los distintos grupos de delitos -de organizaciones, de propaganda y violentos, así como la especificidad en delitos contra el honor/sentimiento de piedad- que integran.

A continuación, vamos a dar un brevísimo recorrido a la historia legislativa a partir de la 2ª Guerra Mundial en esta materia, pasando revista únicamente a las reformas más importantes hasta llegar a la última, la VBG. Esta visión histórica se justifica sin duda porque, como se verá, los puntos esenciales de polémica se repiten y de alguna manera la discusión de cada reforma se liga con las anteriores. Por otra parte, las reformas principales afectan esencialmente al parágrafo 130, al anterior parágrafo 96a -actual parágrafo 86a- y a los delitos contra el honor/sentimiento de piedad -actual parágrafo 194-. Y más aún, podría afirmarse que en realidad toda la polémica en torno a la incriminación de esta problemática y los límites de la misma gira en torno al tipo de *Volksverhetzung*³⁹. Por todo ello, el análisis histórico se centrará principalmente en el parágrafo 130.

3. HISTORIA LEGISLATIVA RECIENTE DE LA NORMATIVA PENAL ANTI-NACIONALSOCIALISTA.

3.1. LA 6. StÄG DE 30 DE JUNIO DE 1960.

Sin duda alguna el punto de arranque de la historia legislativa reciente de la normativa penal anti-nacionalsocialista debe establecerse en la 6. StÄG de 30 de junio de 1960, con la cual se pretende hacer frente a una ola de antisemitismo que comenzó en la propia Alemania e inmediatamente se extendió a buena parte de Europa⁴⁰. En la noche de Navidad de 1959 se pintó en *Köln*, en un monumento en memoria de las víctimas del nacionalsocialismo, una inscripción en favor de la Gestapo y contra los judíos, así como numerosas esvásticas; asimismo fue profanada la sinagoga de la misma ciudad⁴¹. Esto condujo a una reacción en cadena de actos

³⁸.- Así VOGELGESANG, Klaus: "Die Neuregelung zur sog. 'Ausschwitzlüge', en *NJW* 1985, p. 2388 y su pie de página 29, el cual alude a los parágrafos 86, 86a, 130, 131, 194 y además 90a y 140 como normativa anti-nacionalsocialista. Ver también el conjunto normativo que analiza PARTSCH, Karl Josef: "Neue Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhaß", en *EuGRZ* 1994, pp. 429 ss., quien analiza las normas penales desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones de los Convenios internacionales correspondientes.

³⁹.- Esta afirmación se deriva del análisis histórico de la reformas que a continuación se va a llevar a cabo.

⁴⁰.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 429.

⁴¹.- LÖMKER, Joachim: *Die gefährliche Abwertung von*

similares tanto en la propia Alemania como en otros países de Europa, a la que se respondió también masivamente: por un lado, se desató una ofensiva política apelando a la opinión pública a reaccionar contra el anti-semitismo; por otro lado, a nivel legislativo, numerosos países (así, la República Federal Alemana, Gran Bretaña, Bélgica, Suecia...) crearon -o endurecieron- preceptos penales en relación a este tipo de conductas. También a nivel internacional estos acontecimientos conducirán posteriormente a la elaboración de la "Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial" de 21 de diciembre de 1965⁴².

Volviendo a Alemania, la respuesta penal se materializó con la 6. StÄG de 1960 en tres frentes diferentes: se transforma el hasta entonces parágrafo 130 (Provocación a la lucha de clases -*Anreizung zum Klassenkampf*-); se transforma también el parágrafo 189 (Injurias a la memoria de los muertos); y se introduce el parágrafo 96a (Utilización de señas de identidad políticas prohibidas).

3.1.1. La "incitación a la población" (*Volksverhetzung*: parágrafo 130).

En primer lugar, se transforma el anterior parágrafo 130 en el de *Volksverhetzung* con el siguiente tenor literal:

"Parágrafo 130 [Incitación a la población]

Aquel que ataca la dignidad humana de otro de forma adecuada para perturbar la paz pública:

1. incitando al odio contra parte de la población,
 2. exigiendo medidas violentas o arbitrarias contra ésta o
 3. insultándola, menospreciándola maliciosamente o calumniándola,
- será castigado con prisión no inferior a 3 meses. Además puede condenarse a multa⁴³."

Bevölkerungsteilen (§ 130), Hamburg, 1970, pp. 39 ss.

⁴².- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", pp. 429 ss.; SCHAFFHEUTLE: "Das sechste...", p. 471.

⁴³.- Parágrafo 130 [*Volksverhetzung*]

Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er

1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt,
 2. zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
 3. sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,
- wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden.

Versión de la 6. StÄG, BGBI. I, 478.

Este tipo penal permanecerá invariable en su estructura típica hasta la reforma de la VBG de 1994: las únicas variaciones hasta tal fecha se produjeron en lo que respecta a la pena, que antes de la reforma citada era de prisión privativa de libertad de tres meses a 5 años.

Las características principales del tipo de "incitación a la población" eran, sucintamente, las siguientes. Todas las conductas tipificadas deben cumplir tres requisitos generales:

1) en primer lugar, se debe atacar "la **dignidad humana (Menschenwürde)** de otro". Tal requisito fue introducido para evitar que este tipo penal pudiera ser utilizado en la discusión política, social y económica⁴⁴ y ha sido constantemente interpretado por la jurisprudencia de tal forma que no existe el ataque a la dignidad humana, en el sentido del parágrafo 130, por el hecho de afectarse los derechos de la personalidad del individuo (por ejemplo, el honor), sino sólo cuando el ataque afecta al núcleo mismo de la personalidad, esto es, cuando de éste se derive que el atacado es considerado de menor valor -menospreciándose el principio de igualdad- y su derecho a la vida sea puesto en cuestión⁴⁵. El ataque a la dignidad humana debe ser el de la dignidad humana de "otro": tal "otro", según el sentido del parágrafo, no puede ser más que un miembro que pertenezca a la "parte de población" afectada⁴⁶;

2) en segundo lugar, el ataque debe ser **adecuado para perturbar la paz pública**. El bien jurídico protegido era, en primera línea, la paz pública y más en segundo plano la dignidad de la persona⁴⁷. En cualquier caso se ha de destacar que no se precisa

⁴⁴.- SCHAFFHEUTLE: "Das sechste...", p. 473.

⁴⁵.- LENCKNER, Theodor/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24. Auflage, München, 1991, parágrafo 130, n° 7; RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 32. Lieferung, Stand: August 1994, 5. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1994, parágrafo 130, n° 7; VON BUBNOFF, Eckhart: *Leipziger Kommentar, Band IV*, Berlin/New York, 10. Auflage, 1988, parágrafo 130, n° 4.

⁴⁶.- LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 8. El significado preciso del elemento "parte de la población" va a ser a continuación analizado.

⁴⁷.- La posición descrita puede tomarse como doctrina mayoritaria según STRENG: "Das Unrecht...", p. 506. Ver también DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert: *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, München, 1993, parágrafo 130, n° 2; LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 1; VON BUBNOFF: *LK*, 10. Auflage, parágrafo 130, n° 1. Equiparando totalmente ambos bienes jurídicos: LACKNER, Karl: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20. Auflage, München, 1993, parágrafo 130, n° 1; OTTO, Harro:

una efectiva perturbación de la paz pública, sino únicamente que la conducta sea adecuada para perturbarla, en consecuencia, se trataría de un delito de peligro abstracto⁴⁸;

3) en tercer lugar, el ataque -en cualquiera de sus tres modalidades- debe estar dirigido contra **"parte de la población" (Teile der Bevölkerung)**. Este elemento determina que sólo la población alemana es objeto de protección del parágrafo 130: a diferencia del anterior parágrafo 130 se produce una ampliación del ámbito personal en cuanto que no se protegen únicamente las "clases", sino todo conjunto mínimamente significativo de personas que integran un grupo de población diferenciable del resto de la misma por poseer unas características internas o externas comunes como, por ejemplo, la raza, el origen nacional, la religión, las ideas políticas, los comportamientos sociales o económicos⁴⁹. Según la interpretación de este elemento resultaban protegidos, entre otros: grupos políticos, los trabajadores, los empresarios, los agricultores, los funcionarios, los soldados del ejército federal (*Bundeswehr*), los asilados, los católicos, los judíos, los extranjeros que vivan en Alemania (no así los que se encuentran en ella de forma temporal, por ejemplo, como turistas), así como los trabajadores extranjeros y, en especial, determinados grupos de trabajadores extranjeros, los gitanos y las personas de raza negra que viven en Alemania, etc...⁵⁰. Es importante destacar en este momento el papel restrictivo que este elemento juega con respecto al círculo de personas que pueden gozar de la protección de este tipo penal, y en especial, la necesidad, en el caso de los extranjeros, de que éstos vivan en Alemania para que se pueda aplicar el tipo.

Vistas las características comunes generales procede apuntar, también brevemente, en qué consiste cada una de las tres modalidades comisivas del tipo de incitación a la

Grundkurs Strafrecht, BT, 3. Auflage, Berlín/New York, 1991, p. 291. La polémica sobre el bien jurídico protegido excede el objeto de este estudio. Para una perspectiva del estado de la doctrina antes de la reforma de la VBG y una profundización en el tema ver la bibliografía correspondiente a las obras citadas.

⁴⁸.- OTTO: *Grundkurs...*, p. 291. En la misma línea STRENG: "Das Unrecht...", p. 513 y bibliografía de su pie de página 60. A efectos de este trabajo basta con presentar la problemática a este respecto. Ver, también, DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, n° 2.

⁴⁹.- LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 4; RUDOLPHI: *SK-StGB II*, 5. Auflage, parágrafo 130, n° 3.

⁵⁰.- RUDOLPHI: *SK-StGB II*, 5. Auflage, parágrafo 130, n° 3. Ver también LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 4a.

población en su versión anterior a la VBG.

El número 1 hace referencia a la "incitación al odio" (*Aufstacheln zum Haß*): esta conducta se ha interpretado como "algo más" que el puro rechazo o menosprecio de la correspondiente "parte de la población". Consiste, más bien, en una acción dirigida a la parte racional e irracional de las personas persiguiendo crear con ello -o incrementar- una actitud de enemistad contra el grupo de población afectado⁵¹.

La segunda conducta utiliza el término "exigir" (*Auffordern*) que también ha recibido -en la línea de la conducta anterior- una interpretación restrictiva al ser entendido como "algo más" que el mero abogar por tales medidas violentas o arbitrarias. Ese "algo más" que se precisa apunta a una declaración -o comportamiento expresivo- a partir del cual se derive una suerte de exigencia a otra persona -o personas- en el sentido de que lleve a cabo -o deje de llevar- una determinada acción⁵².

Finalmente, la última conducta -insultar, menospreciar maliciosamente o calumniar- no hay que olvidar que debe dirigirse contra "parte de la población" y que debe suponer, además, un ataque a la dignidad de la persona en el sentido visto⁵³.

La repercusión restrictiva que este último elemento general -necesidad de un ataque a la dignidad de la persona- posee en el caso del número tres le lleva a afirmar expresamente a LENCKNER que tal descripción típica permite sólo de manera parcial combatir la "xenofobia" (*Ausländerfeindlichkeit*), de suerte que los insultos, menosprecios maliciosos o injurias contra parte de la población sólo atentarán contra el ámbito de protección de la norma en la medida en que expresen, a su vez, "la minusvaloración"⁵⁴. Por

⁵¹.- DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, n° 5; LACKNER: *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, parágrafo 130, n° 4; LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 5a.

⁵².- DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, n° 6; LACKNER: *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, parágrafo 130, n° 5; LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 5b.

⁵³.- DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, n° 7; LACKNER: *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, parágrafo 130, n° 6; LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 5c.

⁵⁴.- *Minderwertigkeit*: en referencia a la interpretación jurisprudencial de que se considera a la persona como de menor valor, menospreciando el principio de igualdad y poniendo en tela de juicio el derecho a la vida.

ello, las declaraciones contra otros ámbitos de cultura, en las que se expresa el rechazo emocional de las costumbres extranjeras correspondientes por ser "distintas", no serían típicas aun cuando sean claramente xenófobas; e incluso es discutible que sean típicos, sin más, carteles que manifiesten en locales públicos que no se desea la entrada de determinados grupos de trabajadores extranjeros -por ejemplo, los turcos-⁵⁵.

3.1.2. La "utilización de señas de identidad" (parágrafo 96a).

En relación al segundo "frente" de la 6. StÄG, se introduce el nuevo parágrafo 96a, destinado a incriminar "la utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales" (*Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen*)⁵⁶. Hasta la modificación de 1960 estaba vigente en la República federal alemana la "ley de reunión" (*Versammlungsgesetz*) de 24-7-1953, en cuyos parágrafos 4 y 28 se castigaba la utilización pública -o en una reunión- de signos de identidad de las antiguas organizaciones nacionalsocialistas⁵⁷. La introducción del parágrafo 96a viene a sustituir -ampliándola- la prohibición de la ley de reunión, de la forma que a continuación se describe.

En primer lugar se trata de un delito de peligro abstracto que persigue evitar que mediante la exhibición de "determinadas

⁵⁵.- LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, n° 5c. Crítico con esta interpretación: STRENG: "Das Unrecht...", pp. 520 ss. y bibliografía correspondiente.

⁵⁶.- SCHWARZ, Otto/DREHER, Eduard: *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, München/Berlin, 1961, parágrafo 96a.

⁵⁷.- SCHAFHEUTLE: "Das sechste...", p. 473. En el mismo sentido también señala el autor (pp. 473 y 474, en especial pie de página 27) algunos preceptos especiales de los *Länder*: por ejemplo, la "ley de Baviera contra la utilización de signos de identidad de organizaciones prohibidas de 27-3-1952" (*Bayerisches Gesetz gegen die Verwendung von Kennzeichen verbotener Organisationen*); la "Orden de Baja Sajonia para la protección de la población fiel a la Constitución contra provocaciones de 16-7-1951" (*Niedersächsische Verordnung zum Schutz der verfassungstreuen Bevölkerung gegen Herausforderungen*); la "Orden de Bremen referente a la prohibición de cantar o tocar canciones y marchas nacionalsocialistas o peligrosas para el buen entendimiento entre los pueblos de 18-9-1951" (*Bremische Verordnung betreffend das Verbot des Absingens und Spielens nationalsozialistischer oder die Völkerverständigung gefährdender Lieder und Märsche*). Ver también: LÜTTGER, Hans: "Zur Strafbarkeit der 'Verwendung von Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen' nach § 4 des Versammlungsgesetzes", en GA 1960, pp. 129-131.

señas de identidad" (*Kennzeichnen*) se quiera despertar la impresión de que organizaciones prohibidas y contrarias al Estado continúan existiendo y que, con ello, se haga, de forma mediata, propaganda de las mismas⁵⁸. Como vemos nos seguimos moviendo en el campo de los delitos de propaganda⁵⁹ dentro del conjunto de instrumentos jurídicos antinazis al igual que en el caso del párrafo 130 ya analizado.

La conducta incriminada consiste esencialmente en la "utilización" de determinadas "señas de identidad" de "partidos u organizaciones prohibidas" de "forma pública":

1) el concepto de "señas de identidad" (*Kennzeichen*) se define en el propio párrafo 96a mediante una enumeración abierta que identifica como tales, de forma especial: las banderas (*Fahnen*), insignias (*Abzeichen*), partes de uniforme (*Uniformstücke*), consignas (*Parolen*) y saludos (*Grußformen*). Precisamente la introducción de esta enumeración dará pie a despejar las dudas, sobre la inclusión, en el ámbito punible de la norma, de aquellas señas de identidad que no están materializadas en un determinado objeto⁶⁰. Por otra parte también es doctrina dominante el considerar la enumeración abierta⁶¹. En cualquier caso, interesa destacar que tal enumeración ejemplificativa abre la posibilidad de incriminación de otro tipo señas de identidad no indicadas expresamente en el párrafo y, en especial, de canciones, trasladándose en cierto modo a los Tribunales la labor de especificar cuáles pueden ser tales señas⁶². Esta enumeración permanecerá invariable hasta la VBG en la que será objeto de otra ampliación, como tendremos ocasión de comprobar al analizar el contenido de la reforma;

2) en relación a la "utilización", según LÜTTGER, se trata de un concepto cuya interpretación no incluye únicamente el acto de hacer visibles señas de identidad "corporales"

⁵⁸.- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 10. Auflage, München/Berlin, 1961, párrafo 96a, n° I.

⁵⁹.- Véase apartado 2.

⁶⁰.- SCHAFHEUTLE: "Das sechste...", p. 474. También: SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Kommentar*, 10. Auflage, párrafo 96a, n° II. 1. Sobre el estado de la jurisprudencia y la polémica -anterior a la reforma de 1960- en torno a la utilización de la ley de reunión en punto a los símbolos materializados en objetos ver LÜTTGER: "Zur Strafbarkeit...", pp. 131 ss. Da por zanjada la polémica SCHWARZ/DREHER: *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, 1961, párrafo 96a, n° 2.B.

⁶¹.- Ver pie de página anterior.

⁶².- SCHAFHEUTLE: "Das sechste...", p. 474.

(*verkörpertes*), sino que se debe extender, también, al acto de hacer perceptibles (de forma acústica u óptica) señas de identidad "incorporales" (*nicht verkörpertes*)⁶³. Tal interpretación será doctrina dominante a partir de la entrada en vigor del nuevo parágrafo 96a⁶⁴;

3) en las dos características analizadas hemos comprobado una primera ampliación del ámbito punible -o, al menos, aclaración con respecto a la situación previa a la reforma de 1960-. Pero no es la única ampliación. Deben ser señas políticas y prohibidas: con respecto a la regulación anterior, de la Ley de reunión, se amplía el tipo no restringiéndolo únicamente a señas del Partido Nacionalsocialista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei -NSDAP-*). Conforme al nuevo tenor del parágrafo 96a pueden ser señas de cualquier partido político que haya sido declarado anticonstitucional, de cualquier organización que esté prohibida o anteriores organizaciones nazis⁶⁵;

4) no basta, sin embargo, con la mera utilización de signos de identidad de partidos u organizaciones prohibidos: tal utilización debe realizarse, o bien de una manera pública (*öffentlich*), o bien con una publicidad más restringida, esto es, en reuniones o mediante escritos, soportes acústicos, imágenes o representaciones propagados por el autor (*Schriften, Schallaufnahmen, Abbildungen oder Darstellungen*)⁶⁶.

Para terminar con el análisis del parágrafo 96a introducido en la 6. *StÄG* conviene hacer referencia a dos ideas finales. En primer lugar, se introduce en este tipo una cláusula expresa de "adecuación social", de suerte que la utilización de señas de identidad se excluye de castigo en el supuesto de que tal acción se lleve a cabo en el marco de la instrucción ciudadana, la defensa frente a las aspiraciones anticonstitucionales o fines similares⁶⁷. Finalmente, en segundo

⁶³.- LÜTTGER: "Zur Strafbarkeit...", p. 137.

⁶⁴.- SCHWARZ/DREHER: *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, parágrafo 96a, n° 2.A.

⁶⁵.- Ver, por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Kommentar*, 10. Auflage, parágrafo 96a, n° II.2. Tal y como apunta SCHAFHEUTLE: "Das sechste...", p. 474, por razones de seguridad jurídica se presupone que un partido político es anticonstitucional cuando lo haya declarado el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) como tal y, en el caso de la prohibición de la organización, cuando exista la correspondiente decisión judicial o acto administrativo al respecto.

⁶⁶.- SCHWARZ/DREHER: *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, parágrafo 96a, n° 2.D.

⁶⁷.- SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Kommentar*, 10. Auflage, parágrafo

lugar, se contiene en el inciso final del párrafo 96a una elevación de pena -mediante remisión al entonces párrafo 96 párrafo 3º- cuando el autor actúe con la intención de poner en peligro el Estado⁶⁸.

El párrafo 96a fue trasladado al párrafo 86a mediante la "8ª Ley de modificación del Código penal" (8. *Stafrechtsänderungsgesetz -8. StÄG-*) de 25 de junio de 1968 (*BGBI. I*, 741) sin apenas cambios materiales⁶⁹. Posteriormente se producirá otra reforma importante de este párrafo en el año 1985 que retomaremos en el apartado correspondiente (3.2.2.).

3.1.3. Las "injurias a la memoria de los muertos" (párrafo 189).

El tercer "frente" de lucha contra el antisemitismo se materializó en el delito de injurias a la memoria de los muertos (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*). La 6. *StÄG* introdujo el párrafo 3º de este párrafo en relación a la necesidad de querrela.

En efecto, en el caso del párrafo 189, el delito sólo es perseguible -por regla general- cuando se haya presentado la correspondiente querrela. Están legitimados para presentar la querrela los padres, los hijos, el cónyuge o los hermanos del fallecido. La modificación legal consiste precisamente en introducir una excepción a la regla general de perseguibilidad mediante la presentación de querrela para el supuesto de que se cumplan los siguientes requisitos⁷⁰:

1) en primer lugar, no existen personas que puedan presentar la correspondiente querrela conforme al párrafo 189 párrafo 2º o éstas han fallecido también antes de finalizar el plazo de presentación de aquél;

2) en segundo lugar, el fallecido objeto de injuria ha debido perder su vida como víctima de un "régimen violento y arbitrario". Este requisito es interpretado por SCHAFFHEUTLE en el sentido de que no serán consideradas como víctimas a efectos de la liberación de obligación de querrela únicamente las del

96a, nº III. Ver también SCHAFFHEUTLE: "Das sechste...", p. 474.

⁶⁸.- SCHWARZ/DREHER: *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, párrafo 96a, nº 3. Ver también SCHAFFHEUTLE: "Das sechste...", p. 474.

⁶⁹.- SCHWARZ, Otto/DREHER, Eduard: *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, München, 1968, párrafo 86a, nº 1. No obstante cabe destacar que se añade junto al verbo típico "utilizar" también la acción de "difundir" (*Verbreiten*) tales señas de identidad, que se interpreta como entrega a otra persona para su posterior transmisión a cualquier otra (nº 2.A.).

⁷⁰.- SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Kommentar*, 10. Auflage, párrafo 189, nº V.

régimen nacionalsocialista, sino también las de regímenes violentos comunistas⁷¹;

3) en tercer lugar, la injuria debe estar en relación con la circunstancia anterior (ser víctima de un régimen violento y arbitrario).

En el caso de darse los tres requisitos apuntados, no se precisa de la correspondiente querrela para la perseguibilidad del delito: esta regulación se mantendrá sin cambios materiales esenciales hasta la regulación de la 21. StÄG de 1985. No obstante, por ley de 2-3-1974 (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, BGBI. I, 469*) se traslada el contenido del parágrafo 189 al 194-II.

3.2. LA 21. StÄG DE 13 DE JUNIO DE 1985.

De igual manera que sucedió con la 6. StÄG, fue un aumento de las acciones violentas y propagandísticas de la extrema derecha la que motivó tomar nuevas iniciativas legislativas⁷². El proceso legislativo fue largo y confuso⁷³ pudiéndose situar el inicio de los trabajos legislativos en torno a comienzos del año 1980: se suceden un considerable número de proyectos de ley de los distintos grupos políticos⁷⁴, que finalmente desembocaron

⁷¹.- SCHAFFHEUTLE: "Das sechste...", p. 474.

⁷².- VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", p. 118, que describe el aumento de actividades propagandísticas y criminalidad de agitación. Por todos los trabajos legislativos en torno a la 21. StÄG ver SPD: *Gesetzentwurf der (...)SPD. Entwurf eines Einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG). 10.11.82. BT-Dr 9/2090*, pp. 1 y 5, en donde se hace referencia al incremento de actividades de extrema derecha, especialmente neonazis, aludiendo a los datos estadísticos que aportan los "informes de protección de la Constitución" (*Verfassungsschutzbericht*). En la misma línea, ver el comentario de MARQUA, Peter: "Dennoch: ein schlechter Kompromiß", en *DRIZ* 1985, p. 226; también WEHINGER, Markus: *Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppe durch die §§ 185 ff. und § 130 StGB*, Baden-Baden, 1994, pp. 65 y 66.

⁷³.- VOGELGESANG: "Die Neuregelung...", p. 2386, califica la 21. StÄG como fruto de un compromiso que "(...) cierra una proceso legislativo desconcertante que es bastante atípico en la historia de postguerra".

⁷⁴.- A principios del año 1980 comienzan las discusiones en el entonces gobernante partido socialdemócrata (SPD) en torno a una posible ampliación del parágrafo 130 (*Volksverhetzung*). En enero del año 1982 presenta el ministro de Justicia SCHMUDE un proyecto al respecto pero referido al parágrafo 140 que posteriormente se transforma levemente y se presenta al *Bundesrat* el 29 de septiembre del mismo año. A pesar del cambio de gobierno el 1 de octubre de 1982, el nuevo gobierno hace suyo el proyecto anteriormente citado, pero el *Bundesrat* lo

en una solución de compromiso "ante la presión del 8 de mayo"⁷⁵.

El contenido final de la reforma legislativa de la 21. StÄG afecta a 4 párrafos: el 76a, el 78, el 86a y el 194. No obstante la polémica se sitúa realmente en torno al finalmente aprobado párrafo 194⁷⁶ cuya modificación refleja la reacción del legislador ante la llamada *Auschwitzlüge* (la mentira de *Auschwitz*): es esta materia la que en definitiva motivó la polémica política⁷⁷ y el largo y confuso proceso legislativo aludido. Por ello, a continuación, haremos una breve referencia a los párrafos no polémicos para centrarnos posteriormente en el párrafo 194.

3.2.1. La confiscación de escritos (párrafos 76a y 78).

rechazó. El *SPD* volvió a presentar un proyecto en el *Bundestag* pero con la finalización del 9º periodo legislativo, en enero de 1983, se paralizaron todas las iniciativas. El 8 de abril de 1983 vuelve a presentar el gobierno de KOHL el mismo proyecto ya rechazado anteriormente por el *Bundesrat* que, de nuevo, vuelve a no encontrar el apoyo de esa cámara. A principios de 1984, de la mano del ministro de justicia ENGELHARD, se presenta el plan de la 21. StÄG. En enero del mismo año presenta el *SPD* una nueva iniciativa legislativa basada en la iniciativa anterior de 1982 (en torno al párrafo 140) que no variará esencialmente con respecto al contenido del proyecto gubernamental posteriormente presentado. No obstante el nuevo proyecto gubernamental se materializa en un nuevo tipo - párrafo 131 a- en que se sustituye la referencia al régimen nacionalsocialista por otra fórmula más amplia.

Por último ambos proyectos -el gubernamental y el del *SPD*- se trasladaron a la Comisión jurídica, de la cual salió la decisión de cambio -entre otros- del párrafo 194. Para un detallado análisis del proceso legislativo y su transfondo político ver "Irrungen-Wirungen", en *DRIZ* 1985, pp. 225 y 227.

⁷⁵.- WEHINGER: *Der strafrechtliche...*, en especial pp. 67 y 68, señala con claridad la difícil tarea ante la que se encontraba la Comisión jurídica de cara a encontrar una solución de compromiso. Además, señala que tal tarea era aún más complicada debido a que se pretendía realizar un gesto simbólico al final del proceso legislativo ante la inminencia del 8 de mayo de 1985 (40 aniversario de la capitulación de Alemania en la 2ª guerra mundial) lo que suponía un plus de presión. Ver también: "Irrungen-Wirungen"..., p. 227.

⁷⁶.- Resaltan este aspecto OSTENDORF, Heribert: "Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der `Auschwitzlüge'", en *NJW* 1985, p. 1062; VOGELGESANG: "Die neuregelung...", p. 2387.

⁷⁷.- WEHINGER: *Der Strafrechtliche...*, p. 69, lo califica de "[...] enfrentamiento político conducido emocionalmente en muchos aspectos [...]".

La modificación introducida en los párrafos 76a y 78 se dirige a clarificar la posibilidad de confiscación de escritos con contenido punible -de cualquier tipo aunque también de la extrema derecha- a pesar de que se hubiera producido la prescripción de la persecución penal del correspondiente hecho⁷⁸. La legalidad de la confiscación aludida había sido puesta en tela de juicio por la doctrina para el caso de que la persecución hubiera prescrito de suerte que, si se aceptara que entonces no cabría la confiscación, habría que tolerar la imposibilidad de retirar del tráfico los correspondientes escritos de naturaleza extremista -bien sea de extrema izquierda o derecha-. La modificación pretende acabar con tales dudas y declarar expresamente la legitimidad de la confiscación⁷⁹.

3.2.2. La "utilización de señas de identidad" (párrafo 86a).

Tal y como señalamos anteriormente⁸⁰, con la 21. StÄG se produce una ampliación del párrafo 86a. El motivo de la reforma consistía en la preocupación que despertaba la detección de una creciente importación de material nacionalsocialista (por ejemplo, pegatinas de cruces gamadas) del extranjero que según el párrafo 86a no suponía conducta típica alguna⁸¹. La reforma legislativa se dirige, en consecuencia, a cerrar esa laguna de punibilidad introduciendo los siguientes cambios.

El número 2 del párrafo 1 del párrafo 86a concentra la modificación con el siguiente tenor:

"Será castigado con pena privativa de libertad hasta 3 años o con multa quien:

1. (...)

2. produzca, tenga en depósito o importe -dentro del ámbito de vigencia de esta ley- objetos que representen o contengan señas de identidad de este tipo, para su difusión o utilización en la forma y manera descrita en el número 1"⁸².

⁷⁸.- OSTENDORF: "Im Streit...", p. 1062; VOGELGESANG: "Die Neuregelung...", p. 2387; VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", p. 120.

⁷⁹.- BUNDESREGIERUNG: *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG). 11.04.84. BT-Dr 10/1286, p. 6.*

⁸⁰.- Ver apartado 3.1.2.

⁸¹.- BUNDESREGIERUNG: *BT-Dr 10/1286, p. 7.*

⁸².- *Parágrafo 86a
Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit*

En primer lugar se incluyen en el nuevo ámbito punible tres actos preparatorios: producir (*herstellen*), tener en depósito (*vorrätig halten*) e importar (*importieren*)⁸³. No basta sin embargo con producir, tener en depósito o importar: tales acciones deben realizarse con la finalidad de actuar típicamente conforme al número 1 del nuevo párrafo 86a párrafo 1 (esto es, utilizar señas de identidad o difundirlas). Esto último supone, habida cuenta de que la conducta típica del número 1 debe realizarse en "el ámbito de vigencia de esta ley", que las acciones preparatorias del número 2 lo son de un hecho "nacional" (*Inlandstat*), siendo indiferente, sin embargo, que el autor quiera utilizar o difundir las señas de identidad o posibilitar tal utilización o difusión a un tercero. Con este requisito adicional de actuar "para la difusión o utilización en la forma y manera descrita en el número 1" se pretende, según la intención del legislador⁸⁴, evitar una apertura desproporcionada de la conducta típica, de suerte que la pura tenencia de tales objetos nacionalsocialistas no supone todavía un "tener en depósito" en el sentido típico. De igual manera, la conducta del coleccionista permanece fuera del ámbito de protección por faltar el elemento subjetivo adicional de querer posteriormente utilizarlos o difundirlos en el sentido del párrafo 86a párrafo 1 número 1.

3.2.3. La mentira de *Auschwitz* (párrafo 194).

Por último, la 21. *StÄG* modificó el párrafo 194: se trata del resultado final de compromiso al que se llegó ante las dificultades políticas para llegar a un acuerdo⁸⁵. No obstante, y como más adelante comprobaremos al analizar la *VBG*, la polémica será retomada posteriormente. Por ello, conviene dar cuenta del trasfondo de la discusión de lo que se ha dado en llamar *Auschwitzlüge*, para, después, finalizar este apartado con una somera descripción de la regulación -hasta hoy vigente- del párrafo 194.

Geldstrafe wird bestraft, wer

1. (...)

2. *Gegestände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält oder in den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes einführt.*

⁸³.- STREE, Walter/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 22. Auflage, München, 1985, párrafo 86a, n° 9a. Véase además DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert: *Strafgesetzbuch*, 43. Auflage, München, 1986., párrafo 86a, n° 5, y la interpretación de tales verbos.

⁸⁴.- BUNDESREGIERUNG: *BT-Dr 10/1286*, p. 7.

⁸⁵.- Ver pie de página 75.

El problema al que se quería hacer frente era, esencialmente, la proliferación de la criminalidad de extrema derecha de tipo propagandístico y, más en concreto, la negación y banalización de las acciones violentas nacionalsocialistas. La propia fundamentación del proyecto de ley del gobierno de 11-04-84 hace referencia, en el contexto del combate contra las tendencias nazis -o neonazis-, al fenómeno de escritos que "se limitan" a negar y banalizar el régimen nazi o los hechos que entonces se cometieron⁸⁶. Conviene, sin embargo, llamar la atención sobre una distinción fundamental que permitirá comprender el tipo exacto de declaraciones a las que las distintas iniciativas -en relación a la 21. StÄG- se dirigen.

Como señala VON BUBNOFF existen toda una serie de escritos de naturaleza propagandística destinados a la agitación principalmente neonazi. Tales acciones de agitación se plasman en escritos en que constantemente aparecen eslóganes como los siguientes: "la mentira de Auschwitz" (*Auschwitzlüge*), "la mentira de los 6 millones" (*Sechs-Millionen-Lüge*), "los cuentos del horror...de mentirosos profesionales sionistas o de otro tipo" (*Greuelmärchen...zionistischer oder anderer Berufslügner*), las cámaras de gas son calificadas como "invenciones de mentes enfermas" y, finalmente, la alusión a la "mentira de Auschwitz" (*Auschwitzlüge*) se pone en relación con el reproche de la recepción de reparaciones (de guerra), a lo que también se viene en llamar "la gigantesca estafa política y financiera"⁸⁷. La característica determinante de todo este conjunto de escritos es que son claramente "de agitación" y que, por ello, no hay problema alguno para aplicar los tipos 130 y 131: VON BUBNOFF se refiere a estos casos como la "negación cualificada", en la que la cualificación consiste precisamente en que la negación de hechos históricos nacionalsocialistas apunta de forma reconocible a la provocación⁸⁸.

En consecuencia, y siguiendo a BEISEL, cabe distinguir entre una *Auschwitzlüge* "simple" (*einfache Auschwitzlüge*) y otra "cualificada" (*qualifizierte Auschwitzlüge*): en ambos

⁸⁶.- BUNDESREGIERUNG: *BT-Dr 10/1286*, p. 7. También la "propuesta de resolución" y el informe de la Comisión jurídica -de la que saldrá el tenor definitivo de la modificación legal- aluden expresamente a la "puesta en tela de juicio de la persecución de los judíos en el *III Reich*" como el supuesto de hecho que ha motivado la iniciativa legislativa. RECHTSAUSSCHUß: *Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 24.04.85. *BT-Dr 10/3242*, p. 9.

⁸⁷.- VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", p. 118.

⁸⁸.- VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", p. 118, define la "cualificación" de la negación en los siguientes términos: "[...] *Qualifiziertes, erkennbar auf Hetze angelegtes Leugnen* [...]".

supuestos se produce la negación de hechos en relación al nacionalsocialismo, pero se cualifica cuando existe una identificación del autor con la ideología racista nacionalsocialista⁸⁹. Sin embargo, el punto de mira de los trabajos de la 21. StÄG se dirige más bien a la mentira simple: esto es, escritos que "se limitan" a negar o banalizar el holocausto. Se trata, pues, de supuestos en que, con base en abundante material histórico, se niega el hecho del holocausto judío por el nacionalsocialismo y, más en general, se discuten o encubren las medidas violentas y arbitrarias en el sentido del parágrafo del Genocidio (220a StGB), pero sin producirse a la vez ataques provocatorios -de agitación- claramente reconocibles⁹⁰.

Esta nueva tendencia de la agitación neonazi -consistente en la pura negación de hechos históricos nacionalsocialistas- se identificará con la voz *Auschwitzlüge*, si bien no se tiene que referir en concreto -y sólo- a la puesta en cuestión de la existencia -en los términos bárbaros por todos conocidos- del campo de concentración de *Auschwitz-Birkenau* o a la persecución de los judíos⁹¹. Se trata de un término simbólico que hace referencia a la puesta en tela de juicio de todo el fenómeno nacionalsocialista.

A juicio de VOGELGESANG, ya en los años 70 se comenzó a

⁸⁹.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", pp. 998 y 999. El autor explica cómo en el caso de que se produzca la identificación con la ideología nacionalsocialista existe un "ataque a la dignidad humana", lo cual permite aplicar el parágrafo 130. Esto ocurre, en la mayoría de los casos, cuando los judíos son inculcados como mentirosos, así como responsables del chantaje financiero a Alemania. Y es que en tales supuestos, los judíos son calumniados al ser considerados como seres humanos de menor valor en la medida en que no merecen vivir en la sociedad por ser falseadores de la verdad y parásitos o charlatanes.

⁹⁰.- VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", pp. 118 y 119.

⁹¹.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", p. 997 -en especial el pie de página 2-, define la *Auschwitzlüge* como "la negación del genocidio nacionalsocialista, especialmente de los judíos (pero también homosexuales, testigos de Jehová, gitanos, etc)". Precizando aún más, afirma que, en realidad, los "revisionistas" consideran como mentirosos a quienes afirman el hecho histórico del genocidio nazi. En consecuencia, el comportamiento de tales revisionistas consiste realmente en un "reproche de la mentira de *Auschwitz*". Por ello, la expresión *Auschwitzlüge* resultaría incorrecta en la medida en que lo que es punible es la afirmación de que *Auschwitz* fue mentira.

Para una profundización en la "nueva" tendencia revisionista ver los fundamentos de hecho del caso *Deckert* en *NJW* 1994, pp. 2494 ss.

exigir un precepto penal que hiciera frente a la realidad descrita: para ello se argumentaba la falta de regulación penal que pudiera incriminar la negación (simple) del holocausto judío llevado a cabo por los nazis en el *III Reich*⁹².

En efecto, en los trabajos legislativos se alude de forma expresa a la existencia de una laguna legal que impide la incriminación de tales declaraciones: en concreto, se señala la imposibilidad de aplicar el parágrafo 131 (Incitación al odio racial mediante escritos...), en la medida en que para la aplicación de tal tipo es preciso que se dé el requisito adicional de "la forma cruel o inhumana de la descripción". De igual manera tampoco cabe la aplicación del parágrafo 130, en cuanto que toda conducta en éste tipificada debe cumplir el elemento restrictivo de constituir a su vez un "ataque a la dignidad humana": la pura negación o banalización de los hechos del holocausto nazi no cumplen, sin más, tal requisito adicional⁹³.

En cualquier caso, el legislador parte de que la pura negación del holocausto constituye "injurias" (*Beleidigung*) del parágrafo 185⁹⁴, situando la polémica en determinar si era preciso castigar con mayor contundencia esas conductas y, en su caso, cómo.

⁹².- VOGELGESANG: "Die Neuregelung...", p. 2387.

⁹³.- BUNDESREGIERUNG: *BT-Dr 10/1286*, pp. 7 y 8. Ver también: VOGELGESANG: "Die Neuregelung...", p. 2387; VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", p. 119.

⁹⁴.- Ya el *BGH* había dejado asentado que la negación del holocausto nazi constituía una injuria contra cada uno de los judíos de la República Federal Alemana (sentencia de la 6ª sala civil del *Bundesgerichtshof* del 18 de septiembre de 1979) y, entiende el legislador, la jurisprudencia penal había aceptado tal tesis. BUNDESREGIERUNG: *BT-Dr 10/1286*, p. 7; RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 10/3242*, p. 9. Ver también: VOGELGESANG: "Die Neuregelung...", p. 2387; VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", p. 119.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria critica este punto de partida, considerando como carente de base que la negación del holocausto constituyera una injuria según la normativa vigente. Así: DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, München, 1995, parágrafo 194, nº 1; HERDEGEN, Gerhard: *Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, Berlin/New York, Band V, 1989, parágrafo 194, nº 1; LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, nº 1; WEHINGER: *Der strafrechtliche...*, p. 68. No obstante parece confirmarse la afirmación del legislador - equiparando la pura negación del holocausto con una injuria- a partir de la jurisprudencia mantenida en el caso *Deckert*. Ver: DAHS, Hans: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 - ein Produkt des Superwahljahres", en *NJW* 1995, p. 554; KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3.

A juicio de WEHINGER, en ningún caso se puede afirmar que estuviera clara la ubicación sistemática en el *StGB* del precepto futuro contra las actividades neonazis, ni tampoco cómo debería ser tal precepto en concreto⁹⁵. No obstante, de los antecedentes legislativos se deriva que en un principio parecía que se estaba pensando en una ampliación del párrafo 130⁹⁶, y, en cualquier caso, la ubicación sistemática de las distintas propuestas giraron en torno a la sección de "delitos contra el Orden público" (bien en forma de modificación del párrafo 140 o de un nuevo párrafo 131a), hasta la entrada del proyecto gubernamental y del proyecto del *SPD* en la Comisión jurídica, en donde sin embargo se decidió la modificación del párrafo 194⁹⁷.

Como PARTSCH señala, el punto de partida de las iniciativas legislativas de la 21. *StÄG* se sitúa en la dificultad de aplicación del párrafo 130 al caso de la *Auschwitzlüge*⁹⁸. En esta línea, OSTENDORF se inclina por las incriminaciones de la *Auschwitzlüge* que se habían llevado a cabo en los párrafos 140 y 131a en la medida en que, de esta forma, se estaría protegiendo un bien jurídico supraindividual. La ventaja de tal ubicación sistemática consiste principalmente en destacar que la protección jurídico-penal se dispensa al conjunto de la sociedad; por el contrario, el compromiso final de transformación del párrafo 194 "privatiza" un conflicto con vocación general, de suerte que el Fiscal -aunque actúe de oficio- lo hará en beneficio de la víctima correspondiente de los delitos contra el honor y no en defensa del conjunto de la sociedad. A su juicio, concluye OSTENDORF, el tratamiento de la *Auschwitzlüge* en el marco de los tipos de injurias oculta considerablemente el contenido específico de injusto⁹⁹.

Como posición antagónica, VOGELGESANG considera correcta la solución final adoptada por la 21. *StÄG* de liberar de la obligación de querrela en los supuestos de injurias contra las víctimas del nacionalsocialismo ya que, entiende el autor, se evitan problemas probatorios que llevarían a la ineffectividad de párrafos autónomos como los propuestos en el curso del debate legislativo (párrafos 140, 131a)¹⁰⁰. VON BUBNOFF, por su parte, considera inadecuada la propuesta de modificar el párrafo 140, proponiendo más bien un añadido al párrafo 131

⁹⁵.- WEHINGER: *Der strafrechtliche...*, p. 66.

⁹⁶.- LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, párrafo 194, n° 1.

⁹⁷.- "Irrungen-Wirrungen"..., pp. 225 y 227.

⁹⁸.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 432.

⁹⁹.- OSTENDORF: "Im Streit...", pp. 1063 y 1065.

¹⁰⁰.- VOGELGESANG: "Die Neuregelung...", p. 2388.

en el marco de las conductas de los parágrafos 130 y 131¹⁰¹. Por último, KÖHLER apunta el peligro de incriminar actitudes (Gesinnungsinkriminierung) ante la cuestión de la punibilidad de la Auschwitzlüge¹⁰².

El objeto del presente estudio se ve ampliamente superado ante la discusión en torno a la idónea ubicación sistemática de la problemática de la negación del holocausto nazi, así como ante la cuestión conexas del bien jurídico protegido. Hemos pretendido más bien dar una visión esquemática de las distintas posturas, así como de la discusión de fondo. En cualquier caso, ha quedado suficientemente claro el "carácter sorpresivo" de la configuración final de la 21. StÄG: fue el compromiso político necesario, debido a la cercanía de la fecha del 40 aniversario de la capitulación de Alemania, el que forzó la modificación procesal -menos comprometida- del parágrafo 194 como alternativa a una modificación material de mayor calado de delitos contra el orden público. Así las cosas, la polémica volverá a surgir en términos equivalentes en la modificación de la VBG, por lo que más adelante volveremos sobre ello. En relación con los términos en que quedó redactado el -todavía vigente- parágrafo 194, la regla general de incoación del proceso mediante la correspondiente presentación de querrela se excepciona, a nuestros efectos, en dos supuestos: en el caso de las injurias del parágrafo 185 ss. (nuevo supuesto introducido con la 21. StÄG)¹⁰³, y en el supuesto de las injurias a la memoria de los muertos del parágrafo 189 (ya introducido en la 6. StÄG y modificado también por la 21. StÄG)¹⁰⁴.

¹⁰¹.- VON BUBNOFF: "Die strafrechtliche...", p. 119.

¹⁰².- KÖHLER, Michael: "Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten", en NJW 1985, pp. 2389 ss.

¹⁰³.- Regulado en el parágrafo 194, párrafo 1, frase 2:

"[...] Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn der Verletzte widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden. Stirbt der Verletzte, so gehen das Antragsrecht und das Widerspruchsrecht auf die in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen über."

¹⁰⁴.- Regulado en el parágrafo 194 párrafo 2:

"[...] Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verstorbene sein

En el primer caso, la liberación de la obligación de querrela depende de que se produzcan los siguientes requisitos:

1) la injuria debe haberse cometido mediante la difusión o la puesta a disposición pública de un escrito, en una reunión o mediante un programa radiofónico. De esta manera sólo aquellas injurias que tengan una cierta repercusión gozan del privilegio de la persecución de oficio¹⁰⁵.

2) El ofendido debe haber sido objeto de persecución, en cuanto miembro de un grupo, bajo el régimen violento y arbitrario nacionalsocialista u otro régimen violento y arbitrario. No basta, pues, con que el grupo de pertenencia del ofendido por la injuria haya sido objeto de persecución, sino que, además, debe haberlo sido también el propio ofendido en concreto¹⁰⁶. La mención expresa del "régimen violento y arbitrario nacionalsocialista u otro régimen violento y arbitrario" pone de manifiesto la cuestión fundamental a la que obedece este precepto (la *Auschwitzlüge*) y, a la vez, marca una pauta de interpretación -restrictiva- en punto a qué debe entenderse por "otro régimen violento y arbitrario" (esto es, aquel sistema de poder que no respeta los más elementales derechos humanos). Por último, por persecución deben entenderse actos injustos de una intensidad considerable como, por ejemplo, eliminación física, internamiento en campos de concentración, discriminaciones graves, etc...¹⁰⁷.

Por grupo debe entenderse aquel conjunto de personas con

Leben als Opfer der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn ein Antragsberechtigter der Verfolgung widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden."

¹⁰⁵.- HERDEGEN: *LK*, 10. Auflage, parágrafo 194, n° 4. Ver también el significado preciso de los términos: *Verbreiten* (difundir), *öffentliches Zugänglichmachen* (poner a disposición públicamente), *Versammlung* (reunión), *Darbietung* (programa). En el mismo sentido véase RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 29. Lieferung, Stand: Juni 1991, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1991, parágrafo 194, n° 4.

¹⁰⁶.- LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, parágrafo 194, n° 6, quien añade que es el caso de todos los judíos que vivían en Alemania en la época nazi, debido a las leyes racistas que contra éstos se pusieron en práctica; en el supuesto de otros perseguidos habrá de atenderse a las circunstancias del caso.

¹⁰⁷.- HERDEGEN: *LK*, 10. Auflage, parágrafo 194, n° 5.

características comunes que se diferencia del resto de la población y que tiene conciencia de tal. En relación al "grupo", en principio no se establece ningún tipo de limitación, a diferencia del listado expreso contenido en el parágrafo 220a (Genocidio), de suerte que puede tratarse de grupos nacionales, religiosos, raciales, pero también de grupos políticos¹⁰⁸. La limitación, al igual que vimos al analizar los elementos del parágrafo 130, proviene de la necesidad de que tal grupo sea "parte de la población"¹⁰⁹. Pero antes de analizar este tercer elemento conviene explicar el transfondo de la inclusión de la fórmula "otro régimen violento y arbitrario" junto a la alusión directa al régimen nacionalsocialista.

La primera aparición de la referencia a "otro régimen" en el marco de los trabajos de la 21. StÄG se produce en el proyecto de ley de modificación de la 21. StÄG de 11-4-1984¹¹⁰ en el que se propone la introducción del parágrafo 131a como alternativa a la modificación del parágrafo 140 (propuesto en otros proyectos y rechazado por el *Bundesrat*). Con esta nueva iniciativa se pretenden solucionar algunos problemas de falta de taxatividad en la redacción de la conducta a incriminar¹¹¹. Sin embargo, señala OSTENDORF, la nueva formulación obedecía también a críticas internas en el propio partido demócratacristiano y, en cualquier caso, con la nueva formulación de "otro régimen violento y arbitrario" se estaba pensando en la llamada *Vertreibungslüge* (la mentira de la expulsión)¹¹². Después de la 2ª guerra mundial se produjeron una serie de expulsiones de población alemana de territorios del Este¹¹³: la llamada *Vertreibungslüge* pretende hacer referencia precisamente a la negación de tales hechos históricos y su incriminación responde, tal y como señalaba el parlamentario GÖTZ, a que:

"Quien considere los crímenes de expulsiones cometidos contra los alemanes después de la segunda

¹⁰⁸.- DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, parágrafo 194, n° 3c; LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, n° 5.

¹⁰⁹.- Ver apartado 3.1.1.

¹¹⁰.- BUNDESREGIERUNG: *BT-Dr 10/1286*.

¹¹¹.- "Irrungen-Wirungen"..., p. 227.

¹¹².- OSTENDORF: "Im Streit...", p. 1062. Ver también WEHINGER: *Der strafrechtliche...*, pp. 63 y 67.

¹¹³.- Como ejemplo paradigmático, la población alemana de Silesia (*Schlesien*) en RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 10/3242*, p. 10. Ver también WEHINGER: *Der strafrechtliche...*, p. 64 -pie de página 213-, quien afirma que este grupo de población se vió masivamente afectado por las expulsiones.

guerra mundial como medidas normales en el marco de una acción de reasentamiento de la población, no puede ser tratado de forma diferente a alguien que intenta justificar el horror hitleriano."¹¹⁴

3) Como tercer requisito para la liberación de querrela señalábamos que el grupo de pertenencia del injuriado debe constituir "parte de la población". En cuanto a la interpretación de este requisito nos remitimos al análisis que hicimos del mismo al tratar el parágrafo 130¹¹⁵. No obstante interesa destacar únicamente esa similitud con el parágrafo 130 que manifiesta una vez más la proximidad material entre las conductas a las que se libera de querrela y las conductas prohibidas por el *Volksverhetzung*.

4) El parágrafo 194 exige también que la injuria esté en relación con la persecución: tal conexión se produce cuando la persecución (por ejemplo de los judíos en el *III Reich*) ha jugado un papel motivador en el autor de la injuria o tal persecución ha sido punto de referencia en el contenido de la misma. No se precisa que se haga mención expresa en la declaración del injuriante, sino que basta con que sea reconocible a partir de las circunstancias del hecho. También se produce la conexión típica cuando la injuria se refiere a los motivos de la persecución¹¹⁶.

5) Finalmente, se hacen dos referencias específicamente procesales: por un lado la persecución de oficio no podrá llevarse a cabo en el supuesto de que el injuriado se oponga; por otro lado se determinan los legitimados para presentar querrela y los legitimados a oponerse a la persecución de oficio para el supuesto de que el injuriado muriera¹¹⁷.

Con respecto al supuesto de injurias a la memoria de los muertos, como ya vimos¹¹⁸, fue liberado de la obligación de querrela ya con la reforma de 1960. En la reforma de 1985, sin embargo, se introducen algunos cambios que transforman el contenido del parágrafo 194-II, manteniéndose vigente hasta la fecha.

¹¹⁴.- WEHINGER: *Der strafrechtliche...*, pp. 63 y 64. Crítico con tal equiparación entre la negación de hechos nacionalsocialistas y la negación de las expulsiones OSTENDORF: "Im Streit...", pp. 1062 ss. A favor, sin embargo, VOGELGESANG: "Die Neuregelung...", p. 2388.

¹¹⁵.- Ver apartado 3.1.1.

¹¹⁶.- LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, n° 6. Ver también HERDEGEN: *LK*, 10. Auflage, parágrafo 194, n° 7.

¹¹⁷.- LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, n° 6a y 7.

¹¹⁸.- Ver apartado 3.1.3.

De igual manera que sucede en el párrafo 194-I la persecución se realizará de oficio, a menos que haya oposición del legitimado¹¹⁹. Pero para ello se han de cumplir una serie de requisitos. Según la fundamentación de la Comisión jurídica¹²⁰, las modificaciones introducidas consisten en que el hecho típico queda limitado con respecto a la anterior redacción en cuanto que la injuria debe haberse cometido mediante la difusión o la puesta a disposición pública de un escrito, en una reunión o mediante un programa radiofónico (esto es, igual que en párrafo 194-I). Por otra parte, se introduce también la mención expresa al régimen nacionalsocialista.

Por lo demás, el fallecido objeto de injuria debe haber perdido su vida como víctima del régimen arbitrario y violento nacionalsocialista o de otro régimen violento y arbitrario. Para ello no es preciso ser víctima directa, sino que basta, por ejemplo, con que la muerte se haya producido posteriormente por las lesiones ocasionadas durante su estancia en prisión al tiempo del régimen correspondiente¹²¹. Como último requisito, se exige también que la injuria tenga conexión con la muerte como víctima de un régimen violento y arbitrario¹²².

Para concluir este apartado sólo queda añadir que la parte esencial de la modificación operada por la 21. StÄG (el párrafo 194) -hoy todavía vigente- ha sido duramente criticada por la doctrina dominante: así, afirma HERDEGEN, que el nuevo párrafo 194 no supone ninguna aportación digna de aplauso¹²³. Con más radicalidad asegura LACKNER/KÜHL que la nueva regulación presenta un contenido inmaduro que constituye una hipoteca para la Jurisprudencia¹²⁴. DREHER/TRÖNDLE destacan la incapacidad del legislador para esforzarse en alcanzar un consenso en cuestiones esenciales para la convivencia por lo que el proceso legislativo de la 21. StÄG se puede calificar de "asmático y falto de concepción" en cuestiones nucleares¹²⁵. Por

¹¹⁹.- Ver por todos DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 194, n° 4; LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, párrafo 194, n° 9a.

¹²⁰.- RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 10/3242*, p. 11.

¹²¹.- Ver, por todos, LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, párrafo 194, n° 9a; RUDOLPHI: *SK-StGB II*, 4. Auflage, párrafo 194, n° 13.

¹²².- RUDOLPHI: *SK-StGB II*, 4. Auflage, párrafo 194, n° 14.

¹²³.- HERDEGEN: *LK*, 10. Auflage, párrafo 194, n° 1.

¹²⁴.- LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 194, n° 3.

¹²⁵.- El autor se refiere al desarrollo legislativo como

último LENCKNER critica la oportunidad político-criminal de la 21. StÄG¹²⁶.

En el análisis de la *Auschwitzlüge* apuntamos algunas cuestiones de fondo relacionadas con la ubicación sistemática de una tal incriminación, el bien jurídico protegido y las cuestiones polémicas más importantes¹²⁷: sin embargo, a juzgar por el proceso legislativo "confuso", "sorpresivo" y "emocional", y habida cuenta de las críticas apuntadas, cabe afirmar que se trata de una cuestión sometida de tal manera a las presiones políticas que se tiende a privar a las decisiones de política criminal de la necesaria reflexión serena renunciando el legislador a contrastar las soluciones que se ofrecen con las críticas que las mismas puedan despertar. La decisión dada a la cuestión de la *Auschwitzlüge* no cerró sin embargo la actividad legislativa que se volverá a reabrir con la VBG en donde tendremos ocasión de comprobar grandes similitudes con el proceso descrito en la 21. StÄG.

4. LA LEY DE LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ALEMANA (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) DE 28 DE OCTUBRE DE 1994: LA NUEVA SITUACION JURÍDICA.

4.1. REALIDAD SOCIOLÓGICA: LA OLA DE ODIOS Y VIOLENCIA XENÓFOBA.

El detonante de las iniciativas legislativas fue un aumento de las acciones violentas y propagandísticas de extrema derecha. El proyecto de ley del *Bundesrat* de 29 de abril de 1993 alude en el marco del comienzo de su fundamentación al peligro que entrañan las maquinaciones de extrema derecha en Alemania en los últimos tiempos¹²⁸. También el proyecto gubernamental señala expresamente, en la fundamentación de las modificaciones legales que presenta, lo siguiente:

"En 1991 comenzó una ola de odio y violencia,

kurzatmig und konzeptionslos. DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, parágrafo 194, n° 1.

¹²⁶.- LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, n° 1.

¹²⁷.- Ver pies de página 99 a 102; en especial la reflexión crítica de KÖHLER: "Zur Frage...", pp. 2389 ss., en torno a la posible tendencia hacia un Derecho penal de *Gesinnung* (*Gesinnungsinkriminierung*).

¹²⁸.- BUNDESRAT: *Gesetzentwurf des Bundesrates. Entwurf eines...Strafrechtsänderungsgesetzes (...StrÄndG)*. 29.04.93. BT-Dr 12/4825, p. 4. Como más adelante pondremos de manifiesto, en la evolución de los trabajos legislativos de la VBG, además de la iniciativa gubernamental, y de forma previa, el *Bundesrat* había presentado ya en abril de 1993 un proyecto de ley que contenía modificaciones de los parágrafos 86a y 130.

principalmente contra conciudadanos extranjeros, solicitantes de asilo y sus alojamientos así como contra lugares conmemorativos judíos, que alcanzó su punto máximo de horror con los atentados incendiarios asesinos en Mölln (noviembre 1992) y Solingen (mayo 1993).

Los excesos violentos y la propaganda rebotante de odio que los acompaña amenaza la paz interior [...] "¹²⁹.

En efecto, si se analizan los datos proporcionados por el Ministerio del Interior alemán (*Bundesministerium des Innern*) en su informe anual (*Verfassungsschutzbericht*) la situación era muy preocupante. En el año 1991 se constata una escalada de violencia sin precedentes: en relación a los delitos violentos con motivación de extrema derecha (asesinatos/homicidios, ataques incendiarios o con explosivos, daños materiales con utilización de un nivel de violencia considerable, lesiones) se producen 1483 actos violentos frente a los 270 de 1990. El aumento en absoluto es imputable exclusivamente al aumento de territorio y población producto de la reunificación alemana (el 3 de octubre de 1990) ya que de los 1483 actos violentos, 990 correspondían a los antiguos *Länder*: en consecuencia casi se cuadruplica el número de delitos violentos excluyendo a la antigua República Democrática Alemana¹³⁰. En relación a las restantes transgresiones legales que no constituyen delitos violentos¹³¹, también se produce una elevación notable: de 1578

¹²⁹.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 18.

¹³⁰.- BUNDESMINISTER DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1991*, Bonn, August 1992, pp. 74, 75 y 76.

En relación al concepto de "extrema derecha" (*Rechtsextremismus*) conviene matizar que se trata de un término más general que engloba al extremismo de derecha nazi o neonazi, el cual constituye una forma concreta del concepto general. Como ya hemos señalado -ver pie de página 18- también en los informes del *Verfassungsschutzbericht* se constata que el fenómeno más relevante dentro del mundo del extremismo de derecha es, precisamente, el proveniente del universo ideológico nazi o neonazi. En cualquier caso, el concepto de extrema derecha se " [...] caracteriza por una ideología nacionalista popular cuyo móvil es un pensamiento racista elitista" (p. 13). En los datos que a continuación se van a proporcionar se mantiene la diferenciación de acciones de extrema derecha y acciones específicamente xenófobas.

¹³¹.- El *Verfassungsschutzbericht* se refiere a *Sonstige Gesetzesverletzungen mit rechtsextremistischem Hintergrund (außer Gewalttaten)*. En este apartado se comprenden, según el pie de página 12, actos delictivos y "faltas" (*Ordnungswidrigkeiten*) como, por ejemplo, actos de terror, amenazas de violencia, tenencia ilícita de armas, munición y material explosivo, la difusión de propaganda y la utilización de señas de identidad de organizaciones nacionalsocialistas,

(1990) a 2401 (1991). El total de actos en 1991 -tanto delitos violentos como restantes transgresiones legales- ascienden a 3884 frente a 1848 en 1990¹³².

Las cifras señaladas deben ser completadas con otro dato de extraordinaria importancia desde el punto de vista del fenómeno de la discriminación racial: de los 3884 actos señalados con motivación de extrema derecha, 2598 (66,8%) presentan carácter específicamente xenófobo. Por otra parte, 367 de los 2598 (14,1%) actos xenófobos son concretamente antisemitas¹³³.

En el año 1992 la escalada continuó: los delitos violentos con motivación de extrema derecha llegan a 2584 (aumento del 74% frente a 1991 -1483-); los delitos no violentos aumentaron de 2401 en 1991 a 4537 en 1992. Las cifras globales en 1992 son, en consecuencia, un total de 7.121 delitos violentos y no violentos (frente a 3884 en 1991), lo cual representa un aumento del 83% con respecto al año anterior. De los datos globales, el 66,6%, esto es, 4746, son actos específicamente xenófobos; y 562 (7,9% del conjunto de actos xenófobos) son antisemitas¹³⁴.

Por último, en el año 1993 se detiene la terrorífica tendencia marcada en los dos años anteriores en lo que a los delitos violentos respecta: 2232 (frente a los 2639 de 1992). Este balance es extensible a su vez al subgrupo de delitos violentos de carácter específicamente xenófobo: 1609 (frente a 2277 en 1992). No ocurre, sin embargo, lo mismo respecto al grupo de delitos no violentos: en el año 1993 ascendieron a 8329 (frente al año anterior -5045-) de los cuales 5112 son específicamente xenófobos, constatándose un aumento particularmente espectacular en los delitos de *Volksverhetzung* e injurias (*Beleidigungen, Verunglimpfungen*) específicamente xenófobos -2261- (frente al año anterior 329). En conjunto

así como injurias en general y a la memoria de los muertos en relación a la persecución nacionalsocialista conforme a los parágrafos 86-1 (núm. 4), 86a, 185 ss. en conexión con el 194-1º y 2º, y, acciones de carácter provocativo e incitación al odio racial conforme al parágrafo 130. (BUNDESMINISTER DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1991*, pp. 87, 125 y 126).

A partir de ahora nos referiremos a este grupo como "delitos no violentos".

¹³².- BUNDESMINISTER DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1991*, p. 87.

¹³³.- BUNDESMINISTER DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1991*, p. 88.

¹³⁴.- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1992*, Bonn, August 1993, pp. 70, 91 y 93.

continúa la tendencia al aumento con un total de 10561 actos violentos y no violentos de motivación de extrema derecha (7684 año anterior), de los cuales 6721 son específicamente xenófos - un 64%- (frente a 5008 -65%- del año anterior) y 656 antisemitas (frente a 625 del año anterior)¹³⁵.

Interesa destacar también que durante el año 1994 -en el que se tramita y aprueba la VBG (que no entrará en vigor hasta el 1 de Diciembre)- se produce, sin embargo, una sustancial disminución de los delitos de extrema derecha: 7952 delitos violentos y no violentos en total (frente a 10561 de 1993), de los cuales 1489 son delitos violentos (frente a 2232) y 6463 delitos no violentos (frente a 8329). Los delitos específicamente xenófobos se reducen también: 860 delitos violentos (frente a 1609) y 2631 delitos no violentos (frente a 5112), con un total de 3491 de delitos específicamente xenófobos (frente a 6721). Se produce sin embargo un espectacular aumento de los delitos específicamente antisemitas: 1366 (frente a 656 en 1993). Este aumento se centra principalmente en delitos no violentos, en concreto, aumentan en un 130% los delitos de *Volksverhetzung/Aufstachelungen zum Rassenhaß* (anteriores parágrafos 130 y 131). Los delitos violentos antisemitas, por el contrario, experimentan también una reducción de 72 -año 1993- a 42¹³⁶.

4.2. BREVE HISTORIA LEGISLATIVA DE LA "LEY DE LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD" DE 1994 (*VERBRECHENSBEKÄMPFUNGSGESETZ*) EN RELACIÓN PRINCIPALMENTE A LA NORMATIVA ANTI-NACIONALSOCIALISTA.

Como reacción a la situación que se acaba de describir el Ministerio de Justicia (*Bundesministerium der Justiz*) anunció en diciembre de 1993 la necesidad y urgencia de medidas -no sólo penales (materiales), sino también procesales y administrativas- para combatir las aspiraciones de extrema derecha, especialmente, las aspiraciones xenófobas y antisemitas¹³⁷. La oposición parlamentaria, por su parte, se había manifestado con anterioridad favorable a una ley especial que comprenda medidas específicas contra el odio xenófobo para

¹³⁵.- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1993*, Bonn, Juni 1994, pp. 79 ss.; 86 ss.; y 100 ss. Los datos globales comparativos con el año 1992 se ajustan al *Verfassungsschutzbericht* de 1993 que en parte modifican y corrigen la estadística anterior del informe de 1992.

¹³⁶.- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1994*, pp. 79 ss.; especialmente, pp. 87 y 88.

¹³⁷.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 432, en donde se añade que, sin embargo, no se dió una idea del paquete legal -de mucho mayor alcance- que finalmente se presentaría con modificaciones en la ley de extranjeros, de asilo, de estupefacientes, etc.

lo cual había encontrado ya el apoyo del *Bundesrat*¹³⁸.

El proceso legislativo con respecto a esta ley despertó un enorme interés en los medios de comunicación lo cual dificultó los esfuerzos por alcanzar el necesario compromiso político. No obstante, la tramitación parlamentaria fue rápida¹³⁹. Según DAHS, de este dato, esto es, de la constatación del veloz proceso parlamentario para una ley que supone serias modificaciones en el derecho material y procesal, se puede deducir la influencia política que ejercía el "super año electoral 1994". A lo que añade que es de lamentar que el legislador no se haya tomado el tiempo necesario para analizar con detenimiento los fundamentos jurídico-materiales, ni haya intentado combatir defectos de la práctica jurídica en diálogo reposado y tolerante con representantes de todas las partes implicadas¹⁴⁰. En la misma línea señalan KÖNIG/SEITZ que la presión del tiempo provocó la necesidad de prescindir de un trabajo más en profundidad¹⁴¹.

Como ya hemos señalado, el comienzo de los trabajos legislativos de la VBG se inicia el 18 de febrero de 1994 con la presentación del proyecto gubernamental. El contenido del mismo, en lo que a la lucha jurídico-penal material antixenófoba se refiere, se ciñe a lo siguiente:

1) se pretende una ampliación del ámbito punible del párrafo 86a (Utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales) mediante una modificación del párrafo 2 de este artículo. En tal párrafo se especifica cuáles deben ser consideradas "señas de identidad": las banderas (*Fahnen*), insignias (*Abzeichen*), partes de uniforme (*Uniformstücke*), consignas (*Parolen*) y saludos (*Grußformen*). La modificación se

¹³⁸.- Este había presentado el 29 de abril de 1993 un proyecto de ley para modificar los párrafos 130 y 86a. BUNDESRAT: *BT-Dr 12/4825*. Ver también PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 432.

¹³⁹.- Desde la presentación del proyecto gubernamental el 18 de febrero de 1994 hasta su aprobación definitiva por el *Bundesrat* el 23 de septiembre del mismo año transcurrió aproximadamente medio año. KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 1. Con todo, ya se habían producido conversaciones en el seno de la coalición gubernamental durante el otoño de 1993 en las cuales se habían dejado sentadas las líneas maestras del futuro proyecto.

¹⁴⁰.- Exactamente se refiere a los "[...] influjos políticos del llamado super año electoral 1994 -`Superwahljahres'- [...]". DAHS: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...", p. 553. Las elecciones al *Bundestag* estaban señaladas para el 16 de octubre de 1994.

¹⁴¹.- KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 1.

orienta a ampliar este listado introduciendo una fórmula general, de suerte que se equipararán a las "señas de identidad" del listado las que sean "casi idénticas a aquéllas" ("[...] *die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind* [...]");

2) se propone una ampliación del párrafo 130 y del párrafo 131: no obstante, todavía no se hace ninguna referencia a la incriminación de la negación (simple) del holocausto;

3) se pretende elevar las penas de los delitos de lesiones, entre otras razones, debido al incremento de delitos violentos contra extranjeros¹⁴².

El 24 de febrero de 1994 se realizó la primera lectura del proyecto en la 210 sesión del *Bundestag*¹⁴³. El 11 de abril de 1994 se reúnen en una sesión conjunta la Comisión jurídica (*Rechtsausschuß*) y la Comisión de interior (*Innenausschuß*), procediéndose a realizar la consulta técnica del proyecto gubernamental con los expertos correspondientes¹⁴⁴. En la propuesta de resolución de la Comisión¹⁴⁵ se introducen una serie de modificaciones importantes en los párrafos destinados a la lucha anti-xenófoba con relación al contenido inicial del proyecto gubernamental que merecen ser destacadas.

Según el informe de la Comisión¹⁴⁶, se deciden los siguientes cambios con respecto al proyecto gubernamental:

1) se incrimina en los párrafos 86 y 86a el producir y tener

¹⁴².- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 19.

¹⁴³.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 432.

¹⁴⁴.- En la misma sesión se estudian conjuntamente además del proyecto gubernamental dos proyectos del *SPD*. *RECHTSAUSSCHUß*: "Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses" en *Protokolle Deutscher Bundestag. Rechtsausschuß. 12. Wahlperiode, Nr. 120*.

Por su parte *DAHS* se lamenta de que a la sesión conjunta de ambas Comisiones no hubiera sido invitado el *Bundesrechtsanwaltskammer* (Colegio federal de abogados). *DAHS*: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...", p. 553 (pie de página 6).

¹⁴⁵.- *RECHTSAUSSCHUß*: *BT-Dr 12/7584*.

¹⁴⁶.- *RECHTSAUSSCHUß*: *Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 20.10.94. *BT-Dr 12/8588*, pp. 3 ss.

Aunque la fecha de referencia sea el 20 de octubre de 1994, contiene el informe de la Comisión jurídica con respecto a la propuesta de resolución del 18 de mayo de 1994.

en depósito elementos propagandísticos y señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales con la finalidad de su exportación al extranjero y la exportación misma;

2) se propone completar las modificaciones del parágrafo 130 mediante la incriminación de la llamada *Auschwitzlüge*.

En relación a la introducción de la *Auschwitzlüge*, el tenor literal de la modificación se basa en las propuestas realizadas tanto por el *SPD* como por el gobierno¹⁴⁷ en torno a la *21. StÄG*. La diferencia principal con respecto a aquella propuesta es su inclusión en el parágrafo 130 debido a la proximidad del supuesto de hecho con las conductas en éste reguladas¹⁴⁸. También conviene tener en cuenta que el partido de los "verdes" (*Gruppe Bündnis 90/Die Grünen*) presentó un proyecto de ley de modificación del *StGB* el 27 de abril de 1994 en el sentido de incluir como conducta punible la negación del genocidio nacionalsocialista¹⁴⁹, el cual fue tenido en cuenta también en los debates de la Comisión jurídica¹⁵⁰.

La materia expuesta no resultó en absoluto polémica en los debates de la Comisión. Así las propuestas gubernamentales en torno a los párrafos 86a y 130 junto con las modificaciones señaladas se aprobaron por unanimidad¹⁵¹. Este hecho viene a confirmar la apreciación de KÖNIG/SEITZ de que existía unidad de criterios entre los distintos partidos, que sin embargo se vió ensombrecida por la repercusión que tuvo el proceso legislativo de la *VBG* que dificultó el necesario compromiso político¹⁵².

La redacción que la Comisión dió a los párrafos 86, 86a, 130 y 131 no variará ya del tenor definitivo que finalmente resultó aprobado. No obstante, no fue ésta la suerte del conjunto de medidas que integraban la *VBG* como ahora vamos a

¹⁴⁷.- BUNDESREGIERUNG: *BT-Dr 10/1286*; *SPD*: *BT-Dr 9/2090*, son las propuestas de incriminación de la *Auschwitzlüge* mediante las cuales se pretendía la modificación del parágrafo 140 y parágrafo 131a respectivamente, que no llegaron a convertirse en ley. Ver apartado 3.2.3. y 3.2 en general.

¹⁴⁸.- RECHSTAUSSCHUß: *BT-Dr 12/8588*, p. 8.

¹⁴⁹.- GRUPPE BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: *Gesetzentwurf (...) der Gruppe BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches-Strafbarkeit der Leugnung des nationalsozialistischen Völkermordes. 27.04.94. BT-Dr 12/7421.*

¹⁵⁰.- Ver DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, parágrafo 130, n° 17.

¹⁵¹.- RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 12/8588*, p. 3.

¹⁵².- KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 1.

comprobar.

Tras la segunda y tercera lectura del proyecto, el *Bundestag* lo aprobó el 20 de mayo de 1994. Sin embargo el *Bundesrat* no dió su apoyo en su 670 sesión del 10 de junio de 1994 lo cual condujo a que el gobierno convocara una "Comisión de negociación" (*Vermittlungsausschuß*). Esta Comisión, compuesta por varios políticos, alargó sus negociaciones durante los meses de Agosto y Septiembre, llegando a una propuesta de resolución el 19 de septiembre de 1994. Tal propuesta fue aprobada por el *Bundestag* en una sesión extraordinaria el 21 de septiembre y dos días más tarde, el 23 de septiembre de 1994, dió también su aprobación el *Bundesrat*¹⁵³.

En la negociación hubo modificaciones importantes del proyecto de la coalición gubernamental que afectaban principalmente a aspectos procesales o a las reformas de la ley en torno al artículo 10 de la Ley Fundamental¹⁵⁴. En opinión de PARTSCH, la coalición gubernamental logró como resultado de la negociación salvar la idea de la *VBG* como un "mosaico" heterogéneo de distintas medidas en un único paquete legislativo. Sin embargo, tuvo que realizar para ello considerables concesiones: ante todo, señala el citado autor, la aceptación de una norma penal grave contra la aprobación, negación o banalización del genocidio nacionalsocialista¹⁵⁵.

4.3. LA MODIFICACIÓN DE LOS PARÁGRAFOS 86, 86A, 130 Y 131.

4.3.1. La "utilización de señas de identidad" (parágrafos 86 y 86a).

Al igual que sucedió en la 6. y 21. *StÄG* el legislador responde a las olas xenófobas y antisemitas con modificaciones legales en torno a la utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales. El problema concreto al que en un principio quería hacer frente el proyecto gubernamental de la *VBG* consistía en una laguna de punibilidad en este ámbito de conductas. En efecto, el párrafo 2º del parágrafo 86a determina cuáles son las "señas de identidad" cuya utilización en la forma descrita en el párrafo 1º determinará la correspondiente conducta punible. No obstante, a la luz de la interpretación jurisprudencial del concepto "señas de identidad", existían dudas sobre la punibilidad de la

¹⁵³.- DAHS: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...", p. 553; KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 1; PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 432.

¹⁵⁴.- DAHS: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...", p. 553, pie de página 5.

¹⁵⁵.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 432.

utilización de señas de identidad transformadas de las antiguas organizaciones nacionalsocialistas¹⁵⁶. Como ya señalamos en el análisis de la 6. StÄG, la definición de la "señas de identidad" mediante un listado no pretendía restringir tal concepto a las banderas, insignias, partes de uniforme, consignas y saludos, sino que se entendía como una enumeración abierta¹⁵⁷. No obstante, tal y como señala DAHS, a pesar de la existencia de una tendencia jurisprudencial en la línea de una interpretación extensiva, el mandato de prohibición de analogía del artículo 103-II de la Ley Fundamental oponía límites estrictos¹⁵⁸.

Como ejemplo notorio de conducta que se desea incriminar y que, sin embargo, la jurisprudencia entendía que no se comprendía en el ámbito punible del antiguo 86a, se alude al supuesto del *Widerstandsgruß* (saludo de resistencia). En el párrafo 2 del parágrafo 86a se contiene la voz "saludo" (*Grußformen*) como una de las "señas de identidad": no existía duda al respecto que el tradicional saludo nacionalsocialista consistente en elevar el brazo con la palma de la mano hacia abajo y los dedos extendidos era un tal "saludo", incriminado como "seña de identidad" en el sentido típico. No obstante, el llamado *Widerstandsgruß*, consistente en la elevación del brazo con el dedo pulgar, índice y corazón extendidos, pero cerrando el dedo meñique y anular no era considerado como "saludo" en el sentido del parágrafo 86a en cuanto que, se argumentaba, no había sido utilizado por ninguna antigua organización nacionalsocialista¹⁵⁹. En la misma línea también se señala la exclusión del tipo por la jurisprudencia de la utilización de una esvástica levemente modificada¹⁶⁰.

El nuevo párrafo 2 del parágrafo 86a incluye por ello la siguiente ampliación:

"Parágrafo 86a: [...] (párrafo 2º) Señas de identidad en el sentido del párrafo 1º son las banderas, insignias, partes de uniforme, consignas y saludos.
Las señas de identidad citadas en la frase 1ª se

¹⁵⁶.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 23.

¹⁵⁷.- Ver apartado 3.1.2.

¹⁵⁸.- DAHS: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...", p. 554, pie de página 8.

¹⁵⁹.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 23. Ver también BUNDESRAT: *BT-Dr 12/4825*, pp. 4 y 6. Para una definición precisa del *Widerstandsgruß* ver DAHS: "Das Verbrechenbekämpfungsgesetz...", p. 554, pie de página 8.

¹⁶⁰.- En concreto se hace referencia a "una conexión muy intensa con la cruz gamada" (*sehr lebhaft Verbindung zum Hakenkreuz*). CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 23.

equiparan a las que son casi idénticas a aquéllas.¹⁶¹"

La formulación de la modificación en concreto se inspira en el párrafo 132a¹⁶² y la cuasi-identidad de las señas (*Kennzeichen*) que se indica depende no tanto de un parecido lingüístico o figurado, sino más bien de que la apariencia de una determinada seña de identidad evoque a una seña de la correspondiente organización (anticonstitucional) y de que su contenido simbólico sea transmitido¹⁶³. No obstante, la doctrina comienza ya a manifestar sus dudas sobre la idoneidad de la modificación llevada a cabo para alcanzar el objetivo que se pretendía¹⁶⁴.

La segunda modificación que se lleva a cabo en este párrafo afecta también al párrafo 86 (Difusión de elementos propagandísticos de organizaciones anticonstitucionales)¹⁶⁵. El informe de la Comisión jurídica -que introduce este cambio

¹⁶¹.- "[...] *Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind.*"

La expresión final *zum Verwechseln ähnlich* la hemos traducido como cuasi-identidad: dicha expresión parece indicar un parecido tal que se pueden confundir con las señas de identidad.

Lo remarcado en negrita constituye la modificación de la VBG.

¹⁶².- BUNDESRAT: *BT-Dr 12/4825*, p. 6. A pesar de tratarse del proyecto del *Bundesrat*, lo referente a la ampliación del párrafo 86a en el sentido analizado es compartido por el gobierno tal y como se manifiesta en la "toma de postura" (*Stellungnahme der Bundesregierung*) del mismo en el documento anexo 2 (*Anlage 2*) (p. 7). Ver también: KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3.

¹⁶³.- LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86a, n° 2a.

¹⁶⁴.- DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 86a, n° 2. LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86a, n° 2a.

¹⁶⁵.- § 86 *Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen*. Los cambios aquí operados en la conducta típica coinciden básicamente con los realizados en el párrafo 86a pero referidos a la difusión de elementos propagandísticos, por ello, no analizaremos este tipo en profundidad remitiéndonos a la explicación del 86a. Ver también, por todos: DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 86; LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86.

completando el proyecto gubernamental como ya vimos¹⁶⁶- señala un supuesto en el que se detecta la laguna de punibilidad que se pretende cubrir. Se trata del caso real de un fabricante que producía objetos que contenían emblemas nacionalsocialistas (como las SS runas, cruces gamadas o fotos de Hitler) y que estaban destinadas exclusivamente para su exportación al extranjero. La Fiscalía competente abrió un proceso de investigación que tuvo que ser sobreseído debido a que el supuesto de hecho no era punible según el derecho vigente¹⁶⁷.

La redacción del nuevo párrafo 1 del parágrafo 86a es la siguiente:

Parágrafo 86a: Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 3 años o con multa quien

1. difunda **en el interior del país** señas de identidad de partidos y asociaciones descritos en el parágrafo 86 párrafo 1, números 1, 2, y 4, o los utilice públicamente, en una reunión o en escritos (parágrafo 11 párr. 3) por él difundidos, o

2. produzca, tenga en depósito, importe o **exporte** objetos que representen o contengan señas de identidad de este tipo, para su difusión o utilización **en el interior del país o en el extranjero** en la forma y manera descrita en el número 1¹⁶⁸.

Por un lado, se hace desaparecer en los números 1 y 2 del párrafo 1 la antigua referencia al "ámbito de vigencia de esta ley" (*räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes*). Esta expresión fue utilizada debido al hecho histórico de la división de Alemania después de la 2ª guerra mundial en República Federal Alemana y República Democrática Alemana. Tal término, que hacía referencia al territorio de los antiguos *Bundesländer*, ha perdido casi por completo su sentido después de la reunificación alemana y, por ello, se ha aprovechado la

¹⁶⁶.- Ver apartado 4.2.

¹⁶⁷.- RECHTSAUSSCHUß: BT-Dr 12/8588, pp. 7 y 8.

¹⁶⁸.- § 86a: *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

1. *im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs.1 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Parteien und Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs.3) verwendet oder*

2. *Gegestände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt. [...].*

Lo remarcado con negrita constituye lo modificado por la VBG.

VBG para suprimirlo en los párrafos correspondientes¹⁶⁹.

Por otro lado, se aumenta el espectro de acciones preparatorias -con respecto a la conducta del párrafo 1 número 1- a la conducta de exportar. La intención del legislador se dirige, como ya hemos señalado, contra las conductas de producir y tener en depósito señas de identidad (y elementos de propaganda en el caso del párrafo 86) de organizaciones anticonstitucionales con el fin de exportarlas y la acción misma de exportar¹⁷⁰. Con ello se tiene en cuenta también el hecho de las crecientes conexiones internacionales en la organización del extremismo de derecha y se pretende cuidar la imagen de Alemania en el extranjero¹⁷¹. No obstante, los cambios realizados parecen problemáticos como indica LACKNER/KÜHL, quien afirma que el tenor no resulta claro en punto a la ampliación al extranjero y, añade, que los actos preparatorios siguen teniendo que serlo de un hecho "nacional", precisamente por la referencia del párrafo 1 número 2 al párrafo 1 número 1 (en el que sólo se hace referencia al interior del país)¹⁷².

4.3.2. La "incitación a la población" (párrafos 130 y 131).

Desde la 6. StÄG de 1960 en que se introduce el párrafo de la *Volksverhetzung* éste había permanecido invariable¹⁷³. Bien es cierto que se pensó en una ampliación del mismo en torno a los trabajos de la 21. StÄG de 1985, pero, finalmente, se abandonó la hipótesis inicial y se optó por una solución procesal¹⁷⁴. El proyecto gubernamental contemplaba la transformación del párrafo 130 en dos aspectos básicos: por un lado, se pretendía suprimir en los antiguos número 1 (incitar al odio) y 2 (exigir medidas violentas o arbitrarias) el elemento adicional de tener que constituir la conducta un "ataque contra la dignidad humana", con el fin de facilitar la aplicación práctica de tal párrafo; por otro lado, la conducta de incitar al odio racial regulada en el antiguo párrafo 131 se integraría -transformada- en el nuevo

¹⁶⁹.- Ver, por todos, DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, Vor párrafo 3, n° 8. Ver también KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 2.

¹⁷⁰.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 436.

¹⁷¹.- DAHS: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...", p. 554.

¹⁷².- LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86a, n° 6. Las mismas críticas de falta de claridad se realizan en punto al párrafo 86 (párrafo 86, n° 6).

¹⁷³.- Ver apartado 3.1.1.

¹⁷⁴.- Ver apartado 3.2.3.

parágrafo 130 y con una pena superior¹⁷⁵. No obstante, la propuesta de resolución de la Comisión jurídica introdujo además la incriminación de la *Auschwitzlüge*¹⁷⁶. Finalmente el nuevo parágrafo 130 presenta el siguiente complicado y largo tenor literal.

Parágrafo 130 Incitación a la población.

(1) Aquel que de forma adecuada para perturbar la paz pública,

1. incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta o,
2. ataca la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a 5 años.

(2) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 3 años o con multa aquél que,

1. a) difunda escritos (parágrafo 11 párrafo 3) que inciten al odio contra parte de la población o contra un grupo nacional, racial, religioso o étnico¹⁷⁷, que exijan medidas violentas o arbitrarias contra ellos o que ataquen la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población o a uno de los grupos precitados,

b) de forma pública exponga dichos escritos, los fije/pegue, exhiba/proyecte o los haga accesibles de otra forma,

c) los ofrezca, entregue o haga accesibles a una persona menor de 18 años o

d) los produzca, compre, suministre, tenga en depósito, ofrezca, anuncie, ensalce, importe o exporte (y su tentativa¹⁷⁸), con el fin de utilizar tales escritos o copias de

¹⁷⁵.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 19.

¹⁷⁶.- RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 12/8588*, p. 3.

¹⁷⁷.- A nuestro juicio se produce en este punto un problema de traducción. En efecto, en alemán lo que hemos traducido por "grupo étnico" es un término más amplio (*durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe*): tal y como señala PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 430, pie de página 5, el término alemán es más amplio que el grupo étnico. No todo grupo regional que desarrolle su propio folklore es un grupo étnico: para ello debe poder ser considerado como una minoría étnica. No es éste el lugar para realizar una aclaración terminológica de esta complejidad: no obstante lo hemos señalado pues puede influir en la interpretación. Ver, así, DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, parágrafo 130, n° 9, el cual integra en el concepto de *durch ihre Volkstum bestimmte Gruppe* grupos étnicos y grupos no étnicos.

¹⁷⁸.- Se utiliza el término técnico *unternehmen* que equipara la consumación a la tentativa. Ver parágrafo 11, párrafo 1,

los mismos en el sentido de las letras a) a la c) o de facilitar a otro una tal utilización, o

2. difunda un programa a través de la radio cuyo contenido sea de los descritos en el número 1¹⁷⁹.

(3) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 5 años o con multa aquél que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una acción de las de la clase de las señaladas en el párrafo 220a párrafo 1, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública.

(4) El párrafo 2 se aplicará también a escritos (párrafo 11 párrafo 3) cuyo contenido sea el descrito en el párrafo 3.

(5) En los supuestos del párrafo 2, también en relación al párrafo 4, y en los supuestos del párrafo 3 se aplicará el párrafo 86 párrafo 3.¹⁸⁰

número 6.

¹⁷⁹.- Por cuestiones de traducción nos hemos visto obligados a introducir la descripción de los "escritos" en el apartado 1.a), a diferencia del texto original que primero describe el contenido de tales escritos y luego señala en la letras a) a la d) las acciones que tienen por objeto aquéllos.

¹⁸⁰.- § 130 Volksverhetzung

(1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder

2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, daß Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,

a) verbreitet,

b) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,

c) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überläßt oder zugänglich macht oder

d) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben

Ya antes de la reforma de la VBG este párrafo era denominado como el "laberinto"¹⁸¹: sin duda la complicación es ahora mucho mayor. No obstante, vamos a ir analizando los aspectos más relevantes que han sufrido modificación.

A) La originaria "incitación a la población" (párrafo 1 del párrafo 130).

En relación al primer párrafo, de las tres conductas que integraban el anterior párrafo 130, dos han sido liberadas del requisito adicional de tener que constituir un ataque a la "dignidad humana": tanto la incitación al odio como la exigencia de medidas violentas o arbitrarias se agrupan, por ello, en el actual número 1 del párrafo 1. En el número 2 del párrafo 1, insultar, menospreciar maliciosamente y calumniar, se mantiene sin embargo la misma situación que antes de la reforma. El legislador justifica tal modificación porque entiende que tal requisito del "ataque a la dignidad humana" y su estricta interpretación jurisprudencial¹⁸², han creado problemas en la aplicación del párrafo 130; además, en el caso de las dos conductas de incitar al odio y exigir medidas, presupone que siempre se da tal elemento adicional, de tal suerte, que no cabe que conductas de esa clase puedan llegar a producirse en el contexto del debate político. En el caso de la conducta de insultar, menospreciar maliciosamente y calumniar, sin embargo, considera necesario recortar la conducta manteniendo el elemento adicional para incriminar únicamente conductas de cierta gravedad y justificar la diferencia de pena

a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder

2. eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk verbreitet.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

(4) Absatz 2 gilt auch für Schriften (§ 11 Abs. 3) des in Absatz 3 bezeichneten Inhalts.

(5) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 4, und in den Fällen des Absatzes 3 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend.

¹⁸¹.- STRENG: "Das Unrecht...", p. 501, pie de página 3. Además FROMMEL, Monika: "Fremdenfeindliche Gewalt, Polizei und Strafjustiz", en KJ 1994, p. 334, habla incluso de una voluntad consciente por parte del legislador de crear una legislación anti-discriminación de difícil aplicación en referencia al tipo de *Volksverhetzung*.

¹⁸².- Ver apartado 3.1.1.

con respecto a las injurias de los párrafos 185 ss.¹⁸³ BEISEL duda de la relevancia práctica que la modificación legal realizada vaya a tener, especialmente en punto al antiguo 130 número 1, ya que, a su juicio, las declaraciones antisemitas persiguen generalmente el fin de avivar la enemistad contra los judíos de suerte que el elemento adicional del ataque contra la dignidad humana siempre se producía¹⁸⁴. En efecto, a nuestro juicio, si existía un problema probatorio éste no va a desaparecer por el hecho de suprimir el elemento adicional, sino que se trasladará a la prueba de las conductas de incitar al odio o exigir medidas; y si en realidad no existía tal problema probatorio entonces ¿para qué se suprime el elemento adicional?: sería más bien una cuestión formal pero sin relevancia práctica.

Un ejemplo claro de lo afirmado es el hecho de la introducción del párrafo 3 del párrafo 130 para incriminar la mentira de *Auschwitz* "simple": la supresión del elemento adicional de ataque a la dignidad humana no permite que, por ejemplo, la negación del holocausto nacionalsocialista, se considere *Volksverhetzung* del párrafo 1 número 1. Para ello seguirá siendo necesario una identificación con la ideología nacionalsocialista la cual ya integra las conductas del número 1 y, también, un ataque a la dignidad humana aunque no lo exija el precepto formalmente. El problema probatorio material permanecerá igual, decayendo únicamente el requisito de ataque a la dignidad humana desde un punto de vista formal.

B) La incitación mediante escritos (antiguo párrafo 131 y actual párrafo 2 del párrafo 130).

El párrafo 2, por el contrario, supone un cambio material de relevancia: como el propio legislador indica¹⁸⁵, constituye el punto esencial de la modificación¹⁸⁶. En cualquier caso, la integración de la conducta de incitación al odio racial del antiguo párrafo 131 en el nuevo párrafo 130-II no hace sino

¹⁸³.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24. Ver también: DAHS: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...", p. 554; KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3; PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 433.

¹⁸⁴.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", p. 998. En la misma línea crítica sobre la irrelevancia de la modificación a efectos de solucionar problemas en la aplicación práctica del precepto PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 433.

¹⁸⁵.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

¹⁸⁶.- Con todo, téngase en cuenta que tal afirmación se realiza en el contexto del proyecto gubernamental de febrero de 1994, esto es, cuando todavía no se había introducido el párrafo 3 en relación a la negación del holocausto nacionalsocialista.

dar cumplimiento a las previsiones del legislador que introdujo el párrafo 131 en 1973¹⁸⁷.

En primer lugar se produce una ampliación del círculo de personas que entran dentro del ámbito de protección de la norma¹⁸⁸. En efecto, el contenido de los escritos está integrado por el mismo tipo de conductas que se describen en el párrafo 1 (incitar al odio, exigir medidas, insultar, menospreciar maliciosamente y calumniar); e incluso en este segundo párrafo también se diferencian las dos primeras conductas (del número 1 párrafo 1) de la tercera (del número 2 párrafo 1) en que sólo en esta última se exige el requisito adicional del ataque a la dignidad humana de otro. En consecuencia viene a ser, en principio, una forma específica de comisión de las conductas descritas en el párrafo 1: esto es, mediante escritos que se difunden, se exponen públicamente, etc... (párrafo 2: conductas a) a la d)). No obstante, hasta aquí llegan las similitudes. Y es que, a diferencia del párrafo 1, las 3 conductas citadas que deben integrar el contenido de los escritos no tienen por qué estar dirigidas únicamente contra "parte de la población": pueden estarlo, además, contra "un grupo nacional, racial, religioso o étnico". En consecuencia, en el caso del párrafo 2 caben conductas típicas dirigidas contra grupos de población no nacional, a diferencia del párrafo 1 en que únicamente caben como destinatarios de las conductas la población nacional (*Teile der Bevölkerung*)¹⁸⁹.

Corroborar la ampliación del ámbito de protección a grupos que no tienen por qué vivir en Alemania el hecho de que en el párrafo 2 -a diferencia del párrafo 1- no se exige el requisito de la adecuación de la conducta para perturbar la paz pública. Así lo entiende el legislador quien añade que, de esta forma, el párrafo 2 mantiene el ámbito de protección que ya tenía el

¹⁸⁷.- Ver, por todos: VON BUBNOFF: *LK*, 10. Auflage, párrafo 131, *Entstehungsgeschichte* y n° 17, en donde se afirma que desde el punto de vista material la conducta de "incitar al odio racial" pertenece al párrafo 130 al cual complementa. Además, se añade que la transformación del ámbito de protección -posiblemente en el sentido de una ampliación- así como su definitiva incardinación sistemática fueron cuestiones que se dejaron expresamente planteadas como preguntas no definitivamente resueltas de cara a una posterior reforma. Ver también CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 6853*, p. 24.

La VBG ha llevado a cabo el proceso final iniciado en 1973.

¹⁸⁸.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

¹⁸⁹.- Ver por todos DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 130, n° 9; LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 130, n° 10.

anterior párrafo 131 del que procede¹⁹⁰. No obstante, es preciso introducir una matización a la afirmación de la fundamentación del proyecto gubernamental que se conecta con la transformación del anterior concepto de *Rassenhaß* del antiguo párrafo 131.

En el párrafo 131 anterior a la *VBG* una de las conductas típicas era la "incitación al odio racial" también mediante escritos: en concreto se utilizaba la expresión *Rassenhaß*. Tal y como señala PARTSCH, el párrafo 131 al utilizar dicha expresión se diferenciaba del párrafo 130 anterior a la *VBG* en la medida en que podían ser objeto de protección todos los miembros de razas extranjeras sin tener que atenderse a su nacionalidad ni a su lugar de residencia. Pero esto no era así en la práctica: se producían problemas con el término "raza", de suerte que se desembocaba en una interpretación restrictiva del mismo, lo que conducía, en la práctica, a que se considerara como destinatarios de protección únicamente a los judíos, a los gitanos y a personas de otro color de piel diferente al blanco¹⁹¹. Estos problemas de la estricta interpretación del término raza son tomados en cuenta en la *VBG* por lo que el legislador opta conscientemente por la fórmula usada en el párrafo 220a (Genocidio) de "grupo racial, nacional, religioso o étnico". De esta manera, se dice expresamente, se pretende huir del universo de conceptos de la ideología de razas que no dispone de un concepto de raza científico y delimitable con precisión¹⁹². De esta forma la inclusión de la conducta de incitación al odio racial, que sólo teóricamente se proyectaba sobre grupos nacionales y residentes en Alemania o de fuera de ella, se depura de problemas de interpretación para que efectivamente ejerza su amplio ámbito de protección.

PARTSCH valora positivamente la ampliación por entender que de esta forma se ajusta de manera más precisa la normativa vigente alemana a las obligaciones internacionales derivadas, principalmente, de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. Y es que, a juicio de PARTSCH, en la citada Convención no se restringe el ámbito de protección a la población nacional. De esta forma, quedarían superadas parcialmente las críticas del mismo autor con respecto al anterior párrafo 130 por la falta de protección para nacionales o extranjeros con residencia en el extranjero o turistas que residen de manera transitoria en Alemania, así como otros visitantes y solicitantes de asilo que no han

¹⁹⁰.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

¹⁹¹.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 431.

¹⁹².- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24. En la misma línea KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3, señala que la sustitución del término *Rassenhaß* lleva consigo una ampliación y apunta a eliminar problemas de interpretación.

recibido el correspondiente permiso de residencia¹⁹³.

Por último el nuevo párrafo 2 eleva la pena con respecto al anterior parágrafo 131 -que sólo contemplaba un año o multa-hasta 3 años de cárcel o multa¹⁹⁴. Sin embargo la pena prevista es inferior a la del párrafo 1 (hasta 5 años de pena privativa de libertad) lo que es criticado en cuanto que a pesar de que el párrafo 2 amplíe el ámbito de protección a grupos que no tienen por qué ser parte de la población, lo cierto es que no debería ser posible que conductas que corresponden al párrafo 1, si se realizan mediante escritos se penaran según el párrafo 2 con menor castigo. No se comprende, en consecuencia, por qué la misma conducta pero llevada a cabo mediante escritos -y no oralmente por ejemplo- debe ser menos penada, máxime cuando por ejemplo, en el caso de la regulación de injurias, precisamente la realización de la conducta típica por escrito conlleva cualificaciones de pena¹⁹⁵.

Pero la referencia crítica a la diferencia de pena entre ambos párrafos no es la única deficiencia que se señala al nuevo párrafo 2. KÖNIG/SEITZ entienden que se trata de un redacción que buscaba claramente evitar al máximo cualquier laguna de punibilidad. No obstante, en referencia a la toma de postura del *Generalbundesanwalt* (Fiscal general federal) NEHM en la Comisión jurídica, se manifiestan críticos ante la ampliación del ámbito de protección del nuevo párrafo 2¹⁹⁶. La protección penal de grupos que viven exclusivamente en el extranjero no sería estrictamente necesaria para proteger la paz pública y, además, conllevaría serios problemas jurídicos y prácticos para la normativa alemana en las labores de investigación¹⁹⁷.

Por otra parte se señala que, a pesar de la voluntad del legislador de integrar en el nuevo parágrafo 130 un tipo general anti-discriminación, el análisis realizado de los párrafos 1 y 2 muestra con claridad su falta de homogeneidad: aunque formalmente el párrafo 1 y el 2 se integren en el mismo parágrafo, se trata de diferentes tipos delictivos en la medida en que dependen de diferentes presupuestos (así el requisito de

¹⁹³.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", pp. 430 ss.; 433 y 436. Ver también apartado 3.1.1.

¹⁹⁴.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

¹⁹⁵.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 433.

¹⁹⁶.- KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3 y su pie de página 28.

¹⁹⁷.- NEHM, Generalbundesanwalt: "Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses" en *Protokolle Deutscher Bundestag Rechtsausschuß, 12. W.P., Nr. 120*, p. 135.

la adecuación de la conducta para perturbar la paz pública o la diferencia de ámbito personal de protección a otros grupos diferentes de la "parte de población", etc...) y tienen distinta pena. Los tribunales, en conclusión, a la hora de la aplicación de los nuevos párrafos 1 y 2 del parágrafo 130, van a tener que hacer frente a las mismas dificultades que han tenido hasta ahora con los antiguos párrafos 130 y 131. Además no se entiende que la ampliación del ámbito de protección del parágrafo 2 no se haya extendido también al parágrafo 1 con lo que se considera sólo parcialmente superada la crítica de deficiencia de protección en el ámbito personal con respecto a las obligaciones internacionales en la materia¹⁹⁸.

Para finalizar el análisis del parágrafo 2 sólo resta añadir que a diferencia del anterior parágrafo 131 se ha suprimido en la letra d) la anterior referencia al "ámbito de vigencia de esta ley" que, tal y como señalamos, ha perdido su sentido tras la reunificación de Alemania¹⁹⁹.

C) La nueva incriminación de la mentira de *Auschwitz* (párrafo 3 -y 4- del parágrafo 130).

Tal y como señalamos anteriormente²⁰⁰, el parágrafo 3 fue introducido por la Comisión jurídica. Es importante también recordar el contexto político-social en que se produce la introducción de dicha norma en el proceso legislativo de la VBG. El 13 de noviembre de 1992 es condenado por el correspondiente tribunal (*Landgericht*) de *Mannheim* el presidente del *NPD* (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*)²⁰¹. Los hechos por los que fue condenado correspondían a la negación del holocausto judío desde la ideología del "revisionismo". La sentencia es suspendida por el *BGH* (*Bundesgerichtshof*) el 15 de marzo de 1994²⁰². La repercusión social y política de este proceso determinó que ya el 27 de abril de 1994, el grupo de los verdes (*Gruppe Bündnis 90/Die Grünen*) presentara un proyecto de ley para incriminar la negación del holocausto nacionalsocialista²⁰³. Tras la primera suspensión hubo otro

¹⁹⁸.- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", pp. 433 y 436.

¹⁹⁹.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24. Ver también pie de página 169 con referencia al parágrafo 86a.

²⁰⁰.- Ver apartado 4.2.

²⁰¹.- Partido de tendencia de extrema derecha. Ver, BUNDESMINISTERIUM DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1994*, p. 129.

²⁰².- *NJW* 1994, p. 1421.

²⁰³.- GRUPPE BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: *BT-Dr 12/7421*, p. 1, en la que se señala literalmente: "La sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal supremo federal) de 15 de marzo de 1994 -1 StR 179/93- ha vuelto a poner de manifiesto que la

fallo del mismo tribunal (*Landgericht de Mannheim*) de 22 de junio de 1994 que causó un verdadero escándalo nacional e internacional por la fundamentación utilizada en la medición de la pena²⁰⁴, que volvió a ser suspendido por el *Bundesgerichtshof* el 15 de diciembre de 1994²⁰⁵.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar es la importancia del caso y la **enorme presión política** que desencadenó, la cual, si ya era considerable al tiempo de la primera suspensión del *BGH*, aumentó todavía aún más en junio de 1994 con el segundo fallo del tribunal de *Mannheim*. Se ha de tener en cuenta que precisamente el 10 de junio rechaza el *Bundesrat* el proyecto de ley de la *VBG* y se abre la fase de la convocatoria de la Comisión de negociación²⁰⁶. No deja de haber, por otra parte, cierto paralelismo con los acontecimientos en torno a un escándalo judicial al tiempo de los trabajos en torno a la 6. *StÄG* con el llamado caso *Nieland*²⁰⁷. En consecuencia, no es de extrañar que KÖNIG/SEITZ se refieran al caso *Deckert* como desencadenante de la introducción del párrafo 3 (y 4) en el nuevo parágrafo 130²⁰⁸, en la misma línea que BEISEL²⁰⁹ o FROMMEL²¹⁰.

El párrafo 3 presenta la siguiente estructura típica: se incriminan tres verbos en forma alternativa (aprobar, negar o banalizar) referidos a una conducta. Esta conducta debe ser una de las cometidas bajo el régimen nacionalsocialista y dentro de ese conjunto de conductas debe ser "de las de la clase" de las señaladas en el delito de genocidio (parágrafo 220a, párrafo 1). Con la referencia al 220a se busca delimitar con precisión

protección penal frente a la negación o aprobación pública de la eliminación sistemática de los judíos en el *III Reich* no es suficiente [...]"

²⁰⁴.- *NJW* 1994, 2494. Ver también DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, parágrafo 130, n° 20a; FROMMEL: "Fremdenfeindliche Gewalt...", pp. 323, 324, y 334.

²⁰⁵.- *NJW* 1995, p. 340.

²⁰⁶.- Ver apartado 4.2.

²⁰⁷.- Un supuesto de agitación antisemita que provocó un fuerte escándalo a raíz de su insatisfactorio tratamiento judicial y que según KRONE: *Die Volksverhetzung...*, pp. 27 ss., constituyó el desencadenante de la presentación al *Bundesrat* por el gobierno de un proyecto contra el *Volksverhetzung* el 21 de enero de 1959.

²⁰⁸.- KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3.

²⁰⁹.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", p. 998.

²¹⁰.- FROMMEL: "Fremdenfeindliche Gewalt...", p. 324.

la conducta del genocidio nacionalsocialista. No obstante se introduce la formulación "de las de la clase" (*der in § 220a Abs.1 bezeichneten Art*) para evitar que la circunstancia de que el delito de genocidio entró en vigor en la República federal alemana el 22 de mayo de 1955, impidiera incriminar el genocidio nacionalsocialista que se cometió con anterioridad a tal fecha y que por ello no constituiría genocidio en el sentido del citado 220a²¹¹.

En la conducta no se exige el requisito adicional de constituir un ataque a la dignidad humana. Sin embargo, la conducta presenta una doble limitación: se ha de cometer públicamente o en una reunión y ha de ser adecuada para perturbar la paz pública²¹². En relación a este último requisito, afirma el legislador de forma indirecta²¹³ que, en cuanto que el párrafo 3 busca evitar el "envenenamiento del clima político" (*Vergiftung des politischen Klimas*) mediante la banalización del régimen arbitrario y violento nacionalsocialista, se precisa que la conducta sea adecuada para perturbar la paz pública²¹⁴. Desde este punto de vista es necesario señalar la crítica doctrinal al respecto, que se conecta con la crítica global al precepto del párrafo 3 y con los peligros que puede entrañar ya señalados en parte al reflejar la discusión referida a esta cuestión en el marco de

²¹¹.- RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 12/8588*, p. 8.

²¹².- PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 434, límites ante los que el autor se posiciona críticamente.

²¹³.- En cuanto que se refiere en concreto a la justificación de la no incriminación de la conducta de "recompensar". RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 12/8588*, p. 8. Para una adecuada comprensión de la argumentación del informe de la Comisión jurídica conviene saber que el parágrafo 140, que incrimina la recompensa y la aprobación de hechos delictivos, no exige para esta conducta típica de recompensar (frente a la de "aprobar") la adecuación para perturbar la paz pública.

²¹⁴.- RECHTSAUSSCHUß: *BT-Dr 12/8588*, p. 8, añadiendo que en los supuestos en que no se dé dicha adecuación se podrá aplicar -como hasta el momento- la normativa de las injurias (parágrafo 185 ss.).

El legislador vuelve a afirmar que la negación "simple" del holocausto constituye una injuria a la luz de la normativa vigente. Ver pie de página 94.

En realidad, se refiere aquí el legislador a la que podría llamarse "mentira simplísima" pues ni siquiera se precisa la adecuación para perturbar la paz pública. La mentira simple, sin embargo, no precisa constituir además un ataque a la dignidad humana de otro (mentira cualificada) pero sí la adecuación para perturbar la paz pública.

la 21. StÄG²¹⁵. De nuevo no será posible entrar con profundidad en la problemática compleja del bien jurídico protegido y buscaremos, más bien, señalar la panorámica crítica ante el precepto a estudio.

LACKNER/KÜHL niega categóricamente que, al hilo de la mención legislativa señalada, el interés general consistente en evitar el envenenamiento del clima político pueda añadir ningún tipo de legitimación al párrafo 3 del parágrafo 130. Y, añade, en la valoración general que hace de este párrafo 3 lo siguiente:

"[...] Aun cuando la reacción [del legislador] se corresponda con la opinión pública y con una tendencia internacional a incriminar la 'mentira de Auschwitz', la legitimidad del precepto es cuando menos dudosa; se puede [kann] dudar si una mentira es un injusto merecedor de pena, se debe [muß] dudar que se pueda considerar la pura negación de un hecho histórico sin carácter agitador como 'Incitación a la población' (Volksverhetzung)."²¹⁶

DREHER/TRÖNDLE conecta la crítica a este párrafo 3 con la de la regulación de la 21. StÄG. Entiende el autor que el inmaduro parágrafo 194 se ha mostrado como insuficiente, pero que tal defecto no cabe ser subsanado mediante una reducción del ámbito personal del precepto únicamente al conjunto de víctimas objeto de persecución durante el régimen violento nacionalsocialista. Si se quiere evitar el reproche de constituir una regulación "ad hoc", se debería dirigir la norma penal no sólo contra el fenómeno del holocausto nazi sino contra todos aquellos holocaustos de regímenes violentos y arbitrarios sin exclusión (como por ejemplo el caso de las matanzas en tiempos de Stalin)²¹⁷. Esta posición crítica apunta, sin embargo, en dirección opuesta a la señalada por LENCKNER con respecto al parágrafo 194. Coincide con DREHER/TRÖNDLE en la valoración general del parágrafo 194 en el sentido de que entiende que provocará más problemas que los que pueda evitar. Desde el punto de vista político-criminal, sin embargo, pone precisamente en tela de juicio una regulación que incorpora a regímenes arbitrarios y violentos de todo el mundo. Concluye afirmando que los tribunales se verán desbordados ante el problema probatorio, sobre todo de hechos históricos²¹⁸.

²¹⁵. - Ver apartado 3.2. En especial el 3.2.3.

²¹⁶. - LACKNER/KÜHL: *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, parágrafo 130, n° 1 y 8a.

²¹⁷. - DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, parágrafo 130, n° 18. En la misma línea: BEISEL: "Die Strafbarkeit...", p. 1000.

²¹⁸. - LENCKNER: *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, n° 1. En la misma línea de apuntar los peligros probatorios que se

A juicio de DAHS el párrafo 3 permitirá facilitar la aplicación de la ley en punto a la "mentira de *Auschwitz*", precisamente convirtiendo en irrelevante la diferenciación entre mentira de *Auschwitz* simple y cualificada. Tal diferencia de conceptos es tachada por el autor como delimitación cuasi-inpracticable desde el punto de vista jurídico y moral²¹⁹. FROMMEL coincide en tal apreciación afirmando que dicha diferenciación es criticada por la opinión pública y no es comprensible desde un punto de vista dogmático. Precisamente en relación al caso *Deckert* entiende que la distinción escolástica de la Jurisprudencia entre una mentira de *Auschwitz* simple y cualificada ha dejado de resultar evidente. Por último el autor muestra también sus recelos al requisito adicional de la adecuación para perturbar la paz pública de la conducta del párrafo 3 en cuanto que considera que de una interpretación restrictiva del mismo podría derivarse la impunidad de las conductas que se busca incriminar. Dicho recelo lo fundamenta en el dato de que la mayoría de los sobreseimientos se producen precisamente por la falta de adecuación²²⁰.

KÖNIG/SEITZ contempla la aprobación de este precepto dentro del contexto del caso *Deckert*: entienden que las acaloradas discusiones que produjo desembocaron en la valoración general de que las graves objeciones que contra un precepto de esta naturaleza se manifestaron en el curso de la discusión de la 21. *StÄG* no eran ya decisivas. Por otra parte mantienen una posición favorable con respecto a la efectividad del parágrafo 194, de suerte que no cabe, a su juicio, hablar en nuestro caso de una laguna de punibilidad que estaba cubierta correctamente por la solución procesal de la 21. *StÄG*. La introducción de los párrafos 3 y 4 del parágrafo 130 constituyen sin duda un símbolo²²¹.

Estos autores entienden, a modo de conclusión, que ante la problemática del nuevo parágrafo 130-III nos encontramos frente a un enrejado de preceptos que se superponen parcialmente entre sí²²². Y señalan la crítica fundamental en la **extraordinaria**

pueden derivar de la extensión del ámbito punible a grupos no residentes en Alemania, pero con referencia al nuevo parágrafo 130-II, ver NEHM en pie de página 197.

²¹⁹.- DAHS: "Das Verbrechenbekämpfungsgesetz...", p. 554.

²²⁰.- FROMMEL: "Fremdenfeindliche Gewalt...", pp. 322 y 334 ss.

²²¹.- KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3.

²²².- La misma realidad de la negación del holocausto según las circunstancias concretas integrará la mentira cualificada, la mentira simple o la pura injuria (mentira "simplísima"). KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3. Con razón habla FROMMEL: "Fremdenfeindliche Gewalt...", p. 335, de una red jurídica de

amplitud del precepto debido a la utilización de los verbos negar y banalizar. La puesta en tela de juicio de un sólo hecho histórico o la mención de una cifra de forma incorrecta (banalización cuantitativa) bastan en principio para integrar el tipo, sin que sea necesario que el autor haya querido alabar el holocausto e incluso aunque lo proclame como detestable. A juicio de KÖNIG/SEITZ la correspondiente interpretación del elemento de la "adecuación para perturbar la paz pública" mostrará la practicabilidad del mismo para dejar fuera del tipo las conductas no merecedoras de castigo. Pero, en tono pesimista, añaden que precisamente tal elemento es extraordinariamente dependiente de los movimientos históricos²²³. Esta línea crítica constituye a nuestro juicio la objeción más seria y preocupante de este precepto como a continuación se va a comprobar del breve análisis de la crítica de BEISEL.

También BEISEL considera que se producirán problemas en la práctica a la hora de interpretar los verbos típicos: aprobar, negar y banalizar. Más aún señala las diferencias que pueden surgir en la práctica entre la negación y la mera "puesta en cuestión" (*in Frage stellen*), afirmando que esta última conducta no integraría el tipo²²⁴. Ahora bien, a su juicio existen dos objeciones fundamentales en referencia al verbo "negar". En primer lugar, entiende que al haber resultado incriminada la mentira simple en el parágrafo 130-III se ha ampliado la protección de la paz pública en exceso: su argumentación gira principalmente en torno a considerar que la supresión del requisito adicional del "ataque a la dignidad humana del otro" elimina la conexión de la conducta con el bien jurídico "paz pública". En concreto, en línea con lo afirmado por LACKNER/KÜHL²²⁵, niega la fuerza del argumento de que con la negación o disimulo del hecho del holocausto judío se produzca una conducta adecuada para debilitar la conciencia jurídica de la población; a su juicio, cualquier delito o falta se dirige precisamente a ese objetivo de protección²²⁶.

En segundo lugar, BEISEL se refiere al peligro de que el tipo en cuestión integre un **delito de pensamiento**. Desde el hilo argumental de la libertad de expresión afirma que el parágrafo 130-III constituye un eslabón más de la cadena de **incriminaciones de la actitud interna (*Gesinnung*)**²²⁷. De esta

conceptos "horrorosa" (*ein furchtbares juristisches Begriffsnetz*).

²²³.- KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3.

²²⁴.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", pp. 999 y 1000.

²²⁵.- Ver pie de página 216.

²²⁶.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", p. 1000.

²²⁷.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", p. 1000.

manera se conecta su indicación con lo señalado por KÖHLER con respecto a la 21. StÄG²²⁸. Por último, añade el autor en la misma línea, que la negación del holocausto en su regulación del párrafo 130-III, desde un punto de vista político-criminal, puede suponer de cara al futuro una situación de secretismo y tabuización en torno a este tema que conduzca, precisamente, a lo contrario de lo que persigue: esto es, a una puesta en cuestión del holocausto (el autor habla de que "el tiro salga por la culata") precisamente por la imposibilidad de su abierta discusión. Concluye afirmando que tal normativa supone un intento de reparación retardada impregnada en parte de excesos moralizantes²²⁹.

D) La cláusula de adecuación social (párrafo 5 del párrafo 130).

Sólo resta añadir para finalizar el análisis del párrafo 130 una brevísima referencia al párrafo 5. En el último apartado del párrafo 130 se señala la aplicabilidad del párrafo 86-III. En él se contiene la llamada cláusula de adecuación social según la cual en el supuesto de las conductas del párrafo 2 (escritos), así como en su relación con el párrafo 4 (escritos con el contenido específico del párrafo 3) y del párrafo 3, no se castigará la correspondiente conducta cuando ésta sirva a la instrucción ciudadana, a la defensa frente a aspiraciones anticonstitucionales, al arte o a la ciencia, a la investigación o a la enseñanza, a la información de acontecimientos de actualidad o históricos o fines similares. Con ello se sustituye la anterior referencia del antiguo párrafo 131 a los "fines de información sobre acontecimientos de actualidad o históricos" (el llamado privilegio de información -*Berichterstatterprivileg*-) por un catálogo más amplio²³⁰.

5. REFLEXIONES FINALES.

Tal y como indicábamos en la introducción, el objetivo de este estudio consistía principalmente en reflejar la discusión, logros y problemas de la normativa alemana en la materia. Para

²²⁸.- KÖHLER: "Zur Frage...", pp. 2389 ss.

²²⁹.- BEISEL: "Die Strafbarkeit...", p. 1001.

²³⁰.- CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 24. PARTSCH: "Neue Maßnahmen...", p. 434, señala el carácter "limitador" que dicha cláusula puede suponer desde el punto de vista de que recorta, a su vez, los límites posibles a la libertad de expresión señalados en el párrafo 2 del artículo 5 de la Ley Fundamental.

No conviene tampoco dejar pasar desapercibido el juego que esta cláusula puede dar de cara a evitar una excesiva amplitud del ámbito de protección, en especial, del párrafo 3 del párrafo 130. KÖNIG/SEITZ: "Die straf-...", p. 3.

finalizar interesa realizar alguna reflexión comparativa entre dicha normativa alemana y la línea político-criminal de la LO/4 1995, igualmente aplicable al futuro Código penal de 1995.

1. Al comienzo de este trabajo señalábamos el carácter central del tipo de incitación a la población (parágrafo 130) y justificábamos a priori su análisis preferente frente al resto de normativa anti-nacionalsocialista²³¹. Efectivamente ya en 1960 la reforma de la 6. StÄG tuvo como eje central la introducción del parágrafo 130; 25 años más tarde la 21. StÄG (1985) vino precedida por una larga discusión en torno a la mentira de *Auschwitz* (*Auschwitzlüge*) y aunque finalizó con la introducción de una "solución procesal" vía parágrafo 194, lo fue como alternativa a una reforma en la línea del contenido material del parágrafo 130; finalmente en 1994 la VBG basa su estrategia antixenófoba principalmente en el "nuevo tipo general anti-discriminación" del parágrafo 130²³². En consecuencia cabe concluir que de la amplia normativa anti-nacionalsocialista, el parágrafo 130 y sus modificaciones constituyen el eje central de discusión y el instrumento penal cuya reforma despierta mayores enfrentamientos²³³.

En contraste con las largas y acaloradas discusiones con respecto a este tipo de *Volksverhetzung* en Alemania, sorprende, desde la perspectiva del legislador español de la nueva LO 4/1995 y del Código penal de 1995, en primer lugar la **ausencia de una discusión** en profundidad o simplemente la ausencia de un debate social sobre la forma concreta de incriminar este tipo de conductas.

En segundo lugar, y en concreto en referencia a la agravante genérica por motivos racistas (Código penal de 1995), conviene llamar la atención sobre el hecho de que en Alemania ni siquiera se ha planteado la cuestión sobre la procedencia de una normativa que recoja de forma específica los delitos violentos por motivos racistas a lo largo de su larga historia legislativa y de su experiencia en la materia, centrándose los esfuerzos en el tipo de incitación a la población. El legislador español del Código penal de 1995 ha introducido una **agravante genérica** para el supuesto de que cualquier delito sea cometido por motivos racistas o antisemitas, etc...El legislador alemán, insistimos, ni se plantea la cuestión y resuelve, en el marco de la VBG, una elevación de las penas correspondientes a los delitos de lesiones precisamente debido al incremento de delitos violentos contra extranjeros²³⁴ dentro

²³¹.- Ver pie de página 39.

²³².- Ver apartados 3.1., 3.2. y 4.3.

²³³.- Aunque en la tres reformas analizadas siempre se modifica el parágrafo 86a, éste no resulta polémico. Ver apartados 3.1.2., 3.2.2. y 4.3.1.

²³⁴.- Ver pie de página 142.

de la regulación general de estos delitos y sin plantearse especificidad alguna de los delitos de lesiones xenófobos. Esto abre un primer campo de reflexión que nos lleva a preguntarnos por las poderosas razones, no esgrimidas en un previo debate social abierto, que se nos ocultan y que han llevado al legislador español a decidirse por la agravante genérica para endurecer la pena en los supuestos de comisión de **cualquier delito**, también por ejemplo los de lesiones, cuando concurren razones racistas o xenófobas.

2. En las tres reformas analizadas (6. StÄG de 1960, 21. StÄG de 1985 y VBG de 1994) cabe establecer ciertos paralelismos en cuanto a las **coordenadas político-sociales**: en las tres se constata, por un lado, la existencia de olas de antisemitismo²³⁵ y xenofobia y, por otro lado, también se produce una "conversión" de los acontecimientos xenófobos en elevadas, extraordinarias, cotas de presión política en los procesos legislativos correspondientes²³⁶.

2.1. De esta doble constatación es positivo, a nuestro juicio, el hecho de que exista una "atención" del legislador alemán a la realidad sociológica sobre la que se pretende proyectar la normativa que se debate: la existencia de **olas antisemitas**, la proliferación de negaciones del holocausto, el aumento de material de propaganda nacionalsocialista, etc...causan alarma e interrogan al legislador por lo que éste intenta responder.

Desde la perspectiva del legislador español cabría plantear la cuestión de a qué realidades concretas pretende hacerse frente con la nueva -y amplísima- normativa española. ¿Se ha tomado en cuenta la realidad española o se ha actuado por mimetismo con respecto a propuestas a nivel europeo? ¿Por qué se hace una referencia expresa al antisemitismo como una forma específica de racismo y no, por ejemplo, al anti-gitanismo? He aquí otra clave de reflexión orientada a la necesidad de revisar la adecuación de la normativa a la realidad española.

Conviene además añadir que un problema como el del racismo no puede abordarse únicamente desde la perspectiva penal con decisiones tan generales como la mera referencia a "provocar a la discriminación" a que alude el artículo 165 ter de la LO 4/1995 o el artículo 510 del Código penal de 1995. Estimamos que es absolutamente indispensable precisar al máximo el tipo

²³⁵.-Ver pies de página 40, 72 y apartado 4.1.

²³⁶.- En ocasiones por supuestos xenófobos preocupantes como sucede en los casos *Nieland* o *Deckert* (ver pie de página 207 y apartado 4.3.2.c). A veces por acontecimientos extrínsecos a tal realidad como la fecha de la capitulación de Alemania el 8 de mayo en la 21. StÄG (ver pie de página 75) o las elecciones al *Bundestag* en el caso de la VGB (ver pie de página 140).

conforme al **principio de determinación** penal, huyendo de términos genéricos como "discriminación" para lo cual será sin duda indispensable determinar con claridad contra qué tipo de racismo y de conductas racistas se quiere dirigir la normativa penal a partir de la propia realidad xenófoba española.

En esta línea, merece una valoración parcialmente positiva el esfuerzo del legislador alemán por introducir elementos normativos que recorten el tipo y restrinjan la intervención penal a las conductas más graves. Hemos sido testigos a lo largo de estas páginas de las vidriosas y complicadas discusiones jurídicas en torno, principalmente, a elementos que limiten el ámbito de protección de la norma (como "ataque a la dignidad humana", etc...) que si bien adolecen de una complejidad excesiva, muestran la preocupación de los autores alemanes por limitar la incriminación conscientes del terreno lindante con los **delitos de opinión** en el que se mueven. Por encima de lo acertado de la utilización de, por ejemplo, un término en concreto como "la dignidad de la persona" (*Menschenwürde*) o de otros elementos limitadores, es esencial plantear el debate en esta materia desde el peligro de la incriminación de la **actitud interna (Gesinnung)**, desde la perspectiva de los delitos de pensamiento. Y para ello, desde el punto de vista español, será imprescindible, insistimos, delimitar conductas mucho más concretas y que atiendan a la realidad española o, en su caso, realizar una interpretación restrictiva de los tipos penales correspondientes para lograr la vigencia del **principio del hecho**.

2.2. Por supuesto no merece la misma valoración positiva la sujeción de los procesos legislativos a **presiones políticas** ajenas a la lógica interna de los problemas debatidos. El análisis histórico de la normativa alemana ha puesto de manifiesto la "elevada temperatura" política que provoca la materia a estudio que se traduce en una dependencia excesiva de los acontecimientos políticos en la normativa que se aprueba. Es notoria la tendencia a legislar simbólicamente en función de acontecimientos políticos esporádicos. Este hecho contrasta con la valoración positiva anteriormente mencionada y explica la crítica de la doctrina alemana sobre la mayoría de las modificaciones en torno a los parágrafos 194 y 130, en especial, la crítica referente a la "mentira de Auschwitz" (*Auschwitzlüge*).

Cabría preguntarse, desde la perspectiva española, el papel que la presión política o que la búsqueda de efectos puramente simbólicos ha podido jugar en el proceso legislativo de la LO 4/1995 y en el futuro nuevo Código penal de 1995. La respuesta a esta cuestión excede las pretensiones de este estudio, más en la línea de provocar a la reflexión desde la descripción de la experiencia alemana que de dar respuestas definitivas. En cualquier caso, queda también esta cuestión como campo de reflexión central en el futuro de esta problemática.

Con la presente contribución quisiéramos haber realizado una introducción a la problemática que presenta el fenómeno del racismo y la xenofobia desde la óptica concreta del ámbito del derecho penal material. Hemos pretendido dar un reflejo sobre todo de los problemas de racismo y xenofobia en Alemania, de cómo se pretenden combatir y de los riesgos que el uso de determinados instrumentos penales trae consigo. Los peligros del fenómeno racista pueden dar lugar a situaciones políticas de funestas consecuencias para grupos numerosos de población y quizás, precisamente por la magnitud de tal peligro, se trata de una materia que despierta reacciones emotivas, también en el legislador. Por ello desearíamos finalizar insistiendo de nuevo en la necesidad de "despolitizar" esta materia en el sentido de que la conexión directa del racismo con sensibilidades políticas no permita levantar las cautelas naturales en un Estado social y democrático de Derecho de cara a limitar el uso del monopolio de la violencia estatal y, de esta manera, no se prive a la materia de la necesaria reflexión sobre la legitimidad de los instrumentos -también penales- para su lucha.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- *BGBI*: *Bundesgesetzblatt* (Boletín oficial alemán; citado por año, tomo y página).
- *BGH*: *Bundesgerichtshof* (Tribunal supremo federal).
- *BOE*: Boletín oficial del Estado.
- *BT*: *Besonderer Teil* (Parte especial).
- *BT-Dr*: *Bundestag Drucksache* (Impresos del Bundestag; citados por legislatura y número correlativo).
- *EuGRZ*: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*.
- *GA*: *Goldammers Archiv für Strafrecht*.
- *GJG*: *Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften*.
- *JZ*: *Juristenzeitung*.
- *KJ*: *Kritische Justiz*.
- *LK*: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*.
- *LO 4/1995*: Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo (BOE núm. 113, de 12 de mayo).
- *NJW*: *Neue Juristische Wochenschrift*.
- *NSDAP*: *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (partido nacionalsocialista).
- *NStZ*: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.
- *SK-StGB*: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*.
- *StGB*: *Strafgesetzbuch* (Código penal alemán).
- *VBG*: *Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994* (Ley de lucha contra la criminalidad de 28 de octubre de 1994).
- *ZRP*: *Zeitschrift für Rechtspolitik*.
- *6. StÄG:6*. *Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. Juni 1960* (6ª Ley de modificación del Código penal alemán de 30 de junio de 1960).
- *8. StÄG:8*. *Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1968* (8ª Ley de modificación del Código penal alemán de 25 de junio de 1968).

- 21. StÄG: 21. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13. Juni 1985 (21ª Ley de modificación del Código penal alemán de 13 de junio de 1985).

BIBLIOGRAFIA

- BEISEL, Daniel: "Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge", en *NJW* 1995, pp. 997-1001.
- BUNDESMINISTER DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1991*, Bonn, August 1992.
- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN: *Verfassungsschutzbericht 1992*, Bonn, August 1993.
- Del mismo: *Verfassungsschutzbericht 1993*, Bonn, Juni 1994.
- Del mismo: *Verfassungsschutzbericht 1994*, Bonn, Juli, 1995.
- BUNDESRAT: *Gesetzentwurf des Bundesrates. Entwurf eines...Strafrechtsänderungsgesetzes (...StrÄndG). 29.04.93. BT-Dr 12/4825.*
- BUNDESREGIERUNG: *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG). 11.04.84. BT-Dr 10/1286.*
- CDU/CSU y FDP: *Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz). 18.02.94. BT-Dr 12/6853.*
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, 17 de octubre de 1994, Núm. 52-7, Enmiendas.*
- DAHS, Hans: "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 - ein Produkt des Superwahljahres", en *NJW* 1995, pp. 553-557.
- DE LUCAS, Javier: "El racismo como coartada", en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Colección solidaridad 6, Madrid, 1994, pp. 22 ss.
- DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert: *Strafgesetzbuch*, 43. Auflage, München, 1986.
- Del mismo: *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, München, 1993.
- Del mismo: *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, München, 1995.
- ESCHEN, Klaus: "Das 21. Strafrechtsänderungsgesetz-eine stumpfe Waffe gegen den Rechtsradikalismus", en *ZRP* 1983, pp. 10-12.

- FROMMEL, Monika: "Fremdenfeindliche Gewalt, Polizei und Strafjustiz", en *KJ* 1994, pp. 323-343.
- GEHRHARDT, Erwin: "Gewaltdarstellungsverbote im Strafrecht", en *Justiz und Medien*, Neuwied/Darmstadt, 1980, pp. 113-125.
- GEISS, Imanuel: *Geschichte des Rassismus*, Frankfurt am Main, 1988.
- GRUPPE BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: *Gesetzentwurf (...) der Gruppe BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches-Strafbarkeit der Leugnung des nationalsozialistischen Völkermordes. 27.04.94. BT-Dr 12/7421.*
- HERDEGEN, Gerhard: *Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, Berlin/New York, Band V, 1989.
- "Irrungen-Wirrungen", en *DRIZ* 1985, pp. 225 y 227.
- JAEN VALLEJO, Manuel: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992.
- KÖHLER, Michael: "Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten", en *NJW* 1985, pp. 2389-2391.
- KÖNIG, Peter/SEITZ, Helmut: "Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes", en *NStZ* 1995, pp. 1-6.
- KRONE, Gunnar: *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mainz, 1979.
- LACKNER, Karl: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20. Auflage, München, 1993.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21. neubearbeitete Auflage, München, 1995.
- LENCKNER, Theodor/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24. Auflage, München, 1991.
- LÖMKER Joachim: *Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130)*, Hamburg, 1970.
- LÜTTGER, Hans: "Zur Strafbarkeit der 'Verwendung von Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen' nach § 4 des Versammlungsgesetzes", en *GA* 1960, pp. 129-146.
- MARQUA, Peter: "Dennoch: ein schlechter Kompromiß", en *DRIZ* 1985, p. 226.
- NEHM, Generalbundesanwalt: "Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses" en *Protokolle Deutscher Bundestag Rechtsausschuß*, 12. W.P., Nr. 120, pp. 131-150.

- OSTENDORF, Heribert: "Neo-nazismus und seine strafrechtliche 'Bewältigung'", en *Gustav-Radbruch-Forum für Rechtspolitik, Rechtswissenschaft, Rechtspraxis, Oldenburg*, 7./8.5.1983, SPD, pp. 99-110.
- Del mismo: "Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der 'Auschwitzlüge'", en *NJW* 1985, pp. 1062-1065.
- OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht, BT*, 3. Auflage, Berlin/New York, 1991.
- PAEPCKE, Peter: *Antisemitismus und Strafrecht*, Freiburg, 1962.
- PARTSCH, Karl Josef: "Neue Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhaß", en *EuGRZ* 1994, pp. 429-436.
- RECHTSAUSSCHUß: *Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 24.04.85. BT-Dr 10/3242.
- Del mismo: *Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 18.05.94. BT-Dr 12/7584.
- Del mismo: *Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 20.10.94. BT-Dr 12/8588.
- Del mismo: "Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses" en *Protokolle Deutscher Bundestag. Rechtsausschuß. 12. Wahlperiode, Nr. 120*.
- ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht*, 24. Auflage, München, 1995.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 29. Lieferung, Stand: Juni 1991, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1991.
- Del mismo: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 32. Lieferung, Stand: August 1994, 5. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1994.
- SCHAFHEUTLE, Josef: "Das sechste Strafrechtsänderungsgesetz", en *JZ* 1960, pp. 470-474.
- SCHWARZ, Otto/DREHER, Eduard: *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, München/Berlin, 1961.
- Del mismo: *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, München, 1968.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 10. Auflage, München/Berlin, 1961.
- SPD: *Antrag der Fraktion der SPD. Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie*. 15.02.50. BT-Dr 1/563.

- SPD: *Gesetzentwurf der (...)SPD. Entwurf eines Einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG). 10.11.82. BT-Dr 9/2090.*
- STEINDORF, Joachim: "Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften [GJS]", 112. Ergänzungslieferung, Stand: 1.2.1995 en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max: *Strafrechtliche Nebengesetze, Band II*, J 214, 1.-5. Auflage, München, 1995.
- STREE, Walter/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 22. Auflage, München, 1985.
- STRENG, Franz: "Das Unrecht der Volksverhetzung", en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1987, pp. 501-526.
- VOGELGESANG, Klaus: "Die Neuregelung zur sog. 'Ausschwitzlüge'", en *NJW* 1985, pp. 2386-2389.
- VON BUBNOFF, Eckhart: "Die strafrechtliche Bekämpfung rechtsextremistischer Aktivitäten", en *ZRP* 1982, pp. 118-121.
- Del mismo: *Leipziger Kommentar, Band IV*, Berlin/New York, 10. Auflage, 1988.
- WACHE, Volkhard: "Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)", 108. Ergänzungslieferung, Stand: 1.1.1994 en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max: *Strafrechtliche Nebengesetze, Band IV*, V 55, 1.-5. Auflage, München, 1994.
- WEHINGER, Markus: *Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppe durch die §§ 185 ff. und § 130 StGB*, Baden-Baden, 1994.

ANEXO NORMATIVO

NORMATIVA DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN (StGB) TRAS LA LEY DE LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD (VBG) DE 1994.

Parágrafo 86a Utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales.

(1) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 3 años o con multa quien

1. difunda **en el interior del país** señas de identidad de partidos y asociaciones descritos en el parágrafo 86 párrafo 1, números 1, 2, y 4, o los utilice públicamente, en una reunión o en escritos (parágrafo 11 párr. 3) por él difundidos, o
2. produzca, tenga en depósito, importe o **exporte** objetos que representen o contengan señas de identidad de este tipo, para su difusión o utilización **en el interior del país o en el extranjero** en la forma y manera descrita en el número 1.

(2) Señas de identidad en el sentido del párrafo 1º son las banderas, insignias, partes de uniforme, consignas y saludos. Las señas de identidad citadas en la frase 1ª se equiparan a las que son casi idénticas a aquéllas. [...]

§ 86a Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen.

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs.1 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Parteien und Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs.3) verwendet oder
2. Gegenstände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt.

(2) Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind. [...]

Parágrafo 130 Incitación a la población.

(1) Aquel que de forma adecuada para perturbar la paz pública,

1. incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta o,
 2. ataca la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población,
- será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a 5 años.

(2) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 3 años o con multa aquél que,

1. a) difunda escritos (párrafo 11 párrafo 3) que inciten al odio contra parte de la población o contra un grupo nacional, racial, religioso o étnico, que exijan medidas violentas o arbitrarias contra ellos o que ataquen la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población o a uno de los grupos precitados,

b) de forma pública exponga dichos escritos, los fije/pegue, exhiba/proyecte o los haga accesibles de otra forma,

c) los ofrezca, entregue o haga accesibles a una persona menor de 18 años o

d) los produzca, compre, suministre, tenga en depósito, ofrezca, anuncie, ensalce, importe o exporte (y su tentativa), con el fin de utilizar tales escritos o copias de los mismos en el sentido de las letras a) a la c) o de facilitar a otro una tal utilización, o

2. difunda un programa a través de la radio cuyo contenido sea de los descritos en el número 1.

(3) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 5 años o con multa aquél que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una acción de las de la clase de las señaladas en el párrafo 220a párrafo 1, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública.

(4) El párrafo 2 se aplicará también a escritos (párrafo 11 párrafo 3) cuyo contenido sea el descrito en el párrafo 3.

(5) En los supuestos del párrafo 2, también en relación al párrafo 4, y en los supuestos del párrafo 3 se aplicará el párrafo 86 párrafo 3.

§ 130 Volksverhetzung

(1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder

2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, daß Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft,

böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,

a) verbreitet,

b) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,

c) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überläßt oder zugänglich macht oder

d) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder

2. eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk verbreitet.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

(4) Absatz 2 gilt auch für Schriften (§ 11 Abs. 3) des in Absatz 3 bezeichneten Inhalts.

(5) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 4, und in den Fällen des Absatzes 3 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend.

