Alexander Espinoza / Jhenny Rivas

La interpretación amplia de la libertad de expresión frente al discurso de odio en el derecho alemán

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020

Alexander Espinoza / Jhenny Rivas

La interpretación amplia de la libertad de expresión frente al discurso de odio en el derecho alemán

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020

La tolerancia de nuestro tiempo ha de ser entendida como el respeto entre hombres iguales y libres, entre hombres igualmente libres

Francisco Tomás y Valiente

Cómo citar:

Alexander Espinoza & Jhenny Rivas (2020). *La interpretación amplia de la libertad de expresión frente al discurso de odio en el derecho alemán*. Edición electrónica. Instituto de Estudios Constitucionales.

ISBN: 978-956-401-727-3

El presente trabajo ha sido sometido a un proceso de evaluación externa, según las normas y criterios internacionales de calidad para la publicación. La evaluación de los árbitros ha calificado al trabajo para publicación sin cambios.

Las publicaciones del Instituto de Estudios Constitucionales se encuentran sometidas a sistema de arbitraje y son evaluadas por 2 pares expertos externos. La evaluación externa es un proceso ciego. El nombre de los autores y de los evaluadores es de carácter reservado.

© Alexander Espinoza & Jhenny Rivas

Edición electrónica del Instituto de Estudios Constitucionales

http://www.estudiosconstitucionales.com/

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone el desarrollo de las complejas relaciones entre los derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión y las medidas, que se imponen a través del derecho penal, para restringir la difusión de ideas consideradas peligrosas para la convivencia social. Tales medidas penales giran en torno al denominado "*discurso de odio*".

Se estudia el desarrollo del tema en el derecho de la República Federal de Alemania, el cual ha ejercido una importante influencia en la doctrina española de los derechos fundamentales y en el derecho penal. Es claro que el derecho penal plantea una respuesta específica a la realidad social en cada país y, en los temas que estudiaremos encontraremos algunas materias marcadas en forma sensible por la experiencia histórica de cada uno de ellos. Pero también encontraremos importantes coincidencias que pueden ser de utilidad para enfrentar los casos más difíciles.

También se desarrolla el tratamiento de la teoría de los derechos fundamentales y el método utilizado para hacerlos valer en la aplicación del derecho ordinario, especialmente en el derecho penal. En este último distinguiremos entre una parte general, destinada al desarrollo de las garantías que permiten la eficacia irradiante de los derechos fundamentales en el derecho penal, y una parte especial, en la cual estudiaremos la aplicación de las mismas en los delitos que pretenden impedir la expresión de ideas, en protección de la paz social.

1 EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN

El artículo 5 apartes 1 y 2 de la Ley Fundamental comprende varios derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresar y difundir una opinión, la libertad de información, la libertad de prensa, la libertad de radiodifusión y cinematográfica.[1] Con frecuencia se emplea la denominación genérica de libertad de opinión, para abarcar los restantes derechos.[2] 1

1.1 Ámbito de protección de la libertad de opinión

El Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, protege el derecho de toda persona a expresar y difundir libremente su opinión en palabras, escritos e imágenes. La libertad de opinión garantiza el libre intercambio de opiniones en el debate de las ideas.[3] 2

El bien jurídico protegido por el derecho fundamental no es simplemente la expresión, sino la expresión de una opinión.[4] El elemento de *"fijar una posición"* y de la impresión que se tiene respecto de algo es propio de la opinión. En tal medida, las opiniones no resultan ciertas o inciertas y reciben la protección del derecho fundamental, sin que resulte relevante que puedan ser calificadas como fundadas o infundadas, emocionales o racionales, sin valor o 3

---

1 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 1
2 Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 547
3 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 240
4 Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 1698

valiosas, peligrosas o inócuas.[5]

4 La protección se dirige no sólo al contenido de la expresión, sino también a su forma. El que una afirmación sea formulada en forma polémica u ofensiva, no la sustrae del ámbito de protección del derecho fundamental. Protege, además, la elección del lugar y momento para llevar a cabo la expresión. El que se expresa no sólo tiene el derecho de hacer pública su opinión, también le está permitido elegir aquellas circunstancias que le prometen una mayor difusión o el mayor efecto a la manifestación de su opinión.[6]

5 A diferencia de las declaraciones sobre hechos, las opiniones, se caracterizan por la actitud subjetiva de quien se expresa sobre algo. Éstas comprenden su opinión sobre asuntos, ideas o personas. A esa posición personal se dirige la protección del derecho fundamental. [7] En cuanto a la protección de la expresión sobre hechos, por parte de la libertad de opinión, *véase más delante, párr. 57*.

1.2 La utilidad privada de la libertad de opinión

6 La libertad de opinión no se limita a la protección del debate de opiniones en asuntos públicos. El art. 5 aparte 1 frase 1 no puede ser reducido a una concepción meramente funcional, para la promoción de un debate público con referencia a la colectividad. Más bien, como derecho subjetivo y expresión inmediata de la personalidad humana, el derecho a la libertad de opinión es un derecho humano fundamental. Por tal motivo, la libertad de opinión es un derecho de libertad individual que se encuentra protegido, a causa de su utilidad privada y comprende, en primer término, libertad de expresar la percepción del

---

5 BVerfGE 90, 241/247 – Auschwitzlüge
6 BVerfGE 93, 266/289 – Soldaten sind Mörder
7 BVerfGE 93, 266/289 – Soldaten sind Mörder

individuo de situaciones injustas, a través de su emocionalidad subjetiva.[8]

En contra de una concepción que afirme la finalidad exclusiva de la libertad de opinión en el marco del principio democrático, *Starck* advierte sobre la errónea interpretación de los derechos de comunicación en función del Estado democrático. Estima que la vigencia de la libertad de opinión no depende del contenido sobre el cual se produce la opinión o la información.[9] Con respecto a la protección de la publicidad comercial, *véase en párr. 66.* 7

1.3 La libertad de opinión en el estado democrático

El Tribunal Federal Constitucional alemán ha establecido que el derecho fundamental a la libertad de opinión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (*un des droits les plus precieux de l'homme*, según el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Es un elemento constitutivo del orden estatal democrático y liberal, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su entorno natural.[10] 8

Se trata de una parte medular de la libertad política e ideológica, que ostenta el doble carácter de derecho subjetivo, por una parte en el sentido de los derechos de libertad y de los derechos de participación política, y por otra parte, en el sentido de las normas de competencias negativas y de elemento constitutivo del orden objetivo de la democracia y del estado de derecho. Sin la libertad de 9

---

8 BVerfG, 10.03.2016 – 1 BvR 2844/13, Abs. 24

9 Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, pág. 181; También en este sentido, Bethge, Art. 5, párr. 19, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 2; Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 155

10 BVerfGE 7, 198/208 – Lüth. En contra de una concepción que afirme la finalidad exclusiva de la libertad de opinión en el marco del principio democrático, *véase párr. 6*

opinión no podría generarse la opinión pública y no sería posible el desarrollo de iniciativas y alternativas plurales, así como tampoco la *"formación previa de la voluntad política"*; no sería pública la vida política; no podría asegurarse la igualdad de oportunidades de las minorías y el proceso político no se desarrollaría en un entorno libre y transparente.[11] De tal forma, se procura resolver en el derecho Alemán, con una doble fundamentación, la controversia norteamericana, relativa a si el fundamento de la garantía constitucional de la libertad de opinión deriva de un punto de vista individual, de la *self-determination*, o de un punto de vista colectivo, del *self-government*.[12]

1.4 La libertad de opinión como derecho político

10 El derecho a la libertad de opinión es concebido generalmente desde su dimensión de *status negativus*. Sin embargo, también encontramos algunas posiciones que permiten justificar su relación directa con la legitimidad de las decisiones de los órganos del Poder Público, en un Estado democrático.

11 En la teoría de *Jürgen Habermas*, se plantea la función del derecho a la libertad de opinión, como un *"derecho de participación y comunicación"*. La democracia deliberativa presupone que los funcionarios del Gobierno y la burocracia se encuentren sujetos al proceso de formación de la opinión y de la voluntad pública.[13] El modelo de democracia de *Habermas* se basa en procesos de comunicación y más concretamente en deliberaciones. Estos derechos de comunicación y participación son condiciones no sólo necesarias para los procesos electorales, sino para la existencia de un proceso político democrático permanente, basado en una comunicación fluida entre la sociedad civil y el Estado, mediante distintas expresiones que tienen lugar en el espacio público,

---

11 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 387

12 Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 1698

13 Günther, Politik des Kompromisses, pág. 54

así como distintos mecanismos de participación institucionalizados. Es esta permanente comunicación la que le otorga legitimidad democrática al Estado, en la medida de que este salvaguarda *"un proceso inclusivo de la formación de la voluntad común"*.[14]

El planteamiento central de la teoría de la acción comunicativa de *Habermas* se refiere a la búsqueda de mecanismos institucionales que justifiquen la presunción de que las decisiones políticas básicas contarán con el acuerdo de todos los afectados por ellas, si pudieran participar sin restricciones en una formación discursiva de la voluntad colectiva.[15] El principio democrático se basa en la institucionalización formal de un procedimiento discursivo. Una norma jurídica tiene legitimación democrática, cuando deriva de un procedimiento, configurado externamente sobre derechos subjetivos de comunicación y participación en un plano de igualdad e, internamente, sobre la lógica de la argumentación discursiva, con lo cual es posible atribuir al resultado una presunción de aceptación discursiva.[16] 12

La condición del procedimiento participativo se remonta a la filosofía jurídica de *Kant*: la idea de la voluntad general constituye el presupuesto que distingue un gobierno republicano de uno despótico. *"Todo legislador se encuentra obligado a dictar las leyes, de tal forma que hubiera derivado de la voluntad reunida de todo el pueblo."* Una ley sería injusta, si el pueblo *"no hubiera tenido posibilidad alguna de otorgar su aprobación."*[17] 13

En todo caso, si bien se reconoce un derecho a participar en la configuración de la opinión pública y, con ello, a la determinación de los presupuestos de la formación de la voluntad política, a través de críticas y propuestas constructivas, sin embargo, sólo alcanza el proceso previo de la formación de las decisiones del estado, y no deriva en un derecho a la participación directa, como en el caso 14

---

14 Navas, Derecho a la Información y teoría democrática, pág. 2
15 Morales, La Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, pág. 79
16 Lieber, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, pág. 44
17 Lieber, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, pág. 61

de las consultas populares.[18]

1.5 Fidelidad del ciudadano a la Constitución

15 El derecho a la libertad de opinión también protege opiniones, que tienen por objeto una reforma estructural del sistema político, independientemente de si las mismas son viables en el orden establecido en la Constitución (*ver también en párr. 73 y sig.*). La Ley Fundamental confía en la fuerza de la discusión libre, como el arma más efectiva, incluso en contra de la difusión de ideologías totalitarias y contrarias a la dignidad del ser humano. En consecuencia, incluso la difusión de ideas del nacionalsocialismo, como forma radical de cuestionamiento del sistema vigente, pueden ser consideradas, prima facie, comprendidas en el ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión. La tarea de enfrentar tales peligros, es dejada por el orden liberal de la Ley Fundamental, en primer término, a la actuación ciudadana en el discurso político libre, así como a la actividad educativa del Estado y de las escuelas.[19]

16 El ciudadano no se encuentra obligado a compartir los valores establecidos en la Constitución. Cierto que la Ley Fundamental pretende que el ciudadano acepte y haga posible los valores en ella establecidos, pero no exige coactivamente la fidelidad del ciudadano. El ciudadano es, en principio, libre de cuestionar los valores fundamentales de la Constitución o de reclamar la modificación de alguno de sus principios. La democracia plural se basa en la confianza de que la colectividad tiene la capacidad de debatir en forma crítica en torno a la Constitución y brindarle protección en tales términos. [20]

---

18 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 240

19 BVerfGE 124, 300/320 - Homenaje a *Rudolf Heß*

20 BVerfG • 4 de febrero de 2010 • Exp. 1 BvR 369/04; BVerfGE 124, 300/320 - Homenaje a *Rudolf Heß*

2 LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y EL DERECHO DE REUNIÓN

La libertad de opinón se encuentra en la más estrecha relación material con el derecho de reunión.[21] En ciertos casos, el derecho a la libertad de opinón constituye el parámetro de control de la constitucionalidad de medidas del Poder Público, dictadas con ocasión de reuniones [*véase al respecto, párr. 21*]. 17

La relación entre los derechos de libertad de opinón y de reunión puede tener un carácter interno, en la medida en que la manifestación colectiva de la libertad de opinón es un elemento integrante del derecho de reunión.[22] La garantía constitucional de la libertad de reunión pretende proteger la agrupación libre con otras personas, con la finalidad de formar y expresar una opinión común (expresión colectiva).[23] En la medida que el manifestante expresa su opinión, con su presencia física y de manera pública, y sin la intermediación de los medios, también desarrolla su personalidad en forma inmediata. Por tal motivo, nada se opone a que para el análisis del derecho de reunión se recurra a la misma argumentación que caracteriza por regla general el ejercicio de la libertad de opinón.[24] 18

El Tribunal Constitucional Federal determina la finalidad de la libertad de reunión, sobre todo, en su importancia para el proceso democrático de formación de la opinión pública.[25] El derecho del ciudadano, de participar activamente en el proceso de formación de la opinión política, a través del 19

---

21 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 404

22 BVerfGE 69, 315/342 – Brokdorf

23 Tribunal Federal Administrativo, Sentencia del 16.05.2007, Exp.: BVerwG 6 C 23.06; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

24 BVerfGE 69, 315/344 – Brokdorf

25 BVerfGE 69, 315/346 – Brokdorf; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10; Hong, Die Versammlungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 157

ejercicio de la libertad de manifestación, forma parte de los elementos indispensables para el funcionamiento de una sociedad democrática. Ese significado fundamental debe ser tomado en consideración por el Legislador al dictar disposiciones que limitan el derecho fundamental, así como en la interpretación y aplicación de tales normas por parte de la Administración y los Tribunales.[26] La formación de la opinión, o la *"formación de la voluntad política"* presuponen un proceso comunicativo, que se realiza en las etapas esenciales de una reunión.[27] El manifestante expresa su opinión, con su presencia física y de manera pública, sin la intermediación de los medios. En su forma típica, las demostraciones son la representación corpórea de las convicciones, donde los participantes, por una parte, se cercioran con otros en la comunidad de sus convicciones y, por la otra, exteriorizan una posición pública, –ya sea mediante la simple presencia, la forma en que aparecen, las relaciones con los otros y la elección del lugar – y ratifican sus puntos de vista.[28]

20 Pero las libertades de reunión y de petición también tienen una función complementaria de la libertad de opinión, en su función de participación política. Esto resulta especialmente claro en sistemas en que la libertad de disentir no logra obtener respuestas y acciones por parte de la autoridad pública. En estos casos, las libertades de reunión y de petición ofrecen mayores posibilidades de eficacia, en comparación con la libertad de opinión.

2.1 El parámetro de control de lo expresado en una reunión

21 El derecho de reunión es aplicable como parámetro de control, en los casos en que una actuación del Poder Público ha afectado la libertad de reunirse en un lugar, con otras personas, con el objeto de realizar un debate o una declaración

---

26 BVerfGE 69, 315/315 – Brokdorf
27 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 404
28 BVerfGE 69, 315/345 – Brokdorf

colectiva, dirigida a participar en la formación de la opinión pública. Pero, en los casos en que la limitación se encuentra referida al contenido y la forma de la expresión de la opinión, es controversial si la medida debe ser revisada en base al derecho a la libertad de opinón, incluso cuando la opinión es expresada en una manifestación o a través de ella.[29]

Para resolver el problema planteado debe distinguirse, en primer lugar, el ámbito de protección de los derechos de libertad de opinón y de reunión. Como veremos más adelante, la libertad de opinón ofrece parámetros claros para la valoración de expresiones verbales y escritas, pero para expresiones simbólicas, de obra, son adecuados los criterios aplicables a la libertad de reunión, sobre su carácter pacífico y no perturbador del orden público. A diferencia de la libertad de opinión, el derecho a la libertad de reunión está referido al conflicto específico en sentido espacial, el cual deriva de que las reuniones reclaman el uso del espacio y son causa potencial de impedimentos a terceros.[30] 22

Otro elemento para determinar el derecho de libertad aplicable, lo constituye la naturaleza del bien jurídico protegido. Si la afectación del derecho de libertad tiene como fundamento la protección de derechos de personalidad (honor, reputación, propia imagen, vida privada, etc) u otros bienes jurídicos similares, entonces es útil la aplicación de la libertad de opinón, mientras que el derecho de manifestación es un parámetro válido en el caso de afectaciones al orden público. En casos más complejos, es posible encontrar elementos mixtos, por lo que es posible realizar un doble análisis. 23

La situación planteada conforma un caso de concurso de derechos fundamentales, en razón de que la conducta se encuentra comprendida en varios derechos fundamentales. Para resolverlo es aplicable en primer término el principio de especialidad. En caso de que no se plantee una relación de 24

---

29 BVerfGE 104, 92/103 – Bloqueos sentados III; BVerfGE 111, 147/154 – Prohibición de la reunión por el contenido expresado

30 Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 156

especialidad entre ellos, entonces la protección se determina de acuerdo con ambos derechos. Si el efecto protector resulta de diferente grado, se produciría una protección doble, en el sentido que la afectación debe encontrarse justificada de acuerdo con el grado de protección más estricto.[31]

25 Por tal motivo, en caso de concurso de ambos derechos, es aplicable la regulación referida a los límites legítimos de la libertad de opinión, en virtud de que el artículo 5 aparte 2 de la Ley Fundamental establece límites más estrictos.[32] Las limitaciones a la libertad de opinión establecidas en las leyes generales y, especialmente, en las leyes penales (por ejemplo en los §§ 86, 86 a, 130 del Código Penal), establecen elementos del tipo claros y precisos, mientras que la noción de *"orden público"*, que sirve de límite a la libertad de reunión, se caracteriza por la remisión a reglas no escritas, que se consideran condiciones indispensables de una vida ordenada, de acuerdo con las convicciones sociales y éticas dominantes. Por su parte, la libertad de opinión, en una sociedad pluralista es un derecho que también protege a las minorías, por lo que no puede encontrarse sujeto a las convicciones sociales y éticas dominantes.[33]

2.2 Lo expresado y el lenguaje simbólico

26 *Caso: "La resistencia nacional"*
El recurrente anunció una marcha con declaración para el 30 de junio de 2001, bajo el lema: Contra la prohibición de manifestaciones. El 27 de junio de 2001 el Departamento de Orden Público dictó una Disposición, que comprendía en total 11 normas limitativas, denominadas condiciones. Las condiciones recurridas Nro. 9 y 10 establecían lo siguiente:
9. Se prohíben las expresiones de consignas con las palabras resistencia nacional,

---

31 Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 337 y sig.; Bethge, Art. 5, párr. 48, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, párr. 37; Espinoza, Derecho constitucional en Alemania y Austria, párr. 507

32 Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 156

33 BVerfGE 111, 147/155 – Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot

como por ejemplo, aquí marcha la resistencia nacional o aquí se pasea la resistencia nacional. También se prohíbe la utilización de esas antes indicadas consignas en forma escrita, como por ejemplo, volantes, pancartas, etc.
10. En los discursos de la reunión y en los gritos de consignas así como en las pancartas deben omitirse las expresiones referidas al prohibido Partido liberal de los Trabajadores de Alemania (FAP) así como a las denominaciones Resistencia Nacional y Nacionalistas Libres del País Vencedor.
La condición Nro. 10 deriva de la consideración, que las expresiones de las organizaciones indicadas pueden invocar en la población asociación de ideas con el nacional-socialismo. [*Ver el esquema en párr. 36*]

En principio, el control de constitucional sobre decisiones que imponen limitaciones, justificadas en la afectación de bienes jurídicos, a partir del contenido de una opinión, es realizado de acuerdo con los criterios que han sido desarrollados por la jurisprudencia sobre la libertad de opinión. Tal es el caso, por ejemplo, de la imputación de responsabilidad penal por los hechos violentos producidos durante una reunión, a cuya realización habría convocado públicamente [*véase al respecto, párr. 310*].[34] Para la revisión son aplicables los principios establecidos en relación con el derecho a la libertad de opinón.[35] 27

Inicialmente, en los casos en los cuales las limitaciones del ejercicio de la libertad de reunión se basaban en el contenido de las opiniones expresadas en la misma, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania tomaba como parámetro de control exclusivamente el derecho a la libertad de opinón.[36] Una expresión, que no puede ser impedida, en los términos del derecho a la libertad de opinón, tampoco puede dar lugar a limitaciones de la libertad de reunión.[37] 28

34 BVerfGE 82, 236/258 – Schubart
35 BVerfGE 82, 236/259 – Schubart
36 BVerfGE 90, 241/246 – Auschwitzlüge; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, Abs. 18; con más referencias, BVerwG Urt. v. 25.06.2008, Az.: BVerwG 6 C 21.07, Abs. 18
37 BVerfG · Beschluss vom 24. März 2001 · Az. 1 BvQ 13/01, Abs. 30

29 En la jurisprudencia posterior,[38] se toma como referencia el derecho de reunión, en cuyo análisis debe tomarse en consideración la garantía especial de la libertad de opinón.[39] Las limitaciones al ejercicio de la libertad de reunión pueden derivar de la necesidad de brindar protección frente a peligros a la seguridad y el orden público, que derivan de la forma en que se lleva a cabo la reunión. Por el contrario, no pueden justificarse tales limitaciones, en base al contenido de las expresiones o del sentido temático de la reunión.[40]

30 La legislación sobre reuniones tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos, independientemente de si se trata de peligros derivados de opiniones o de otra forma. En todo caso, la legislación sobre reuniones debe ser objeto de una interpretación restrictiva, por motivos constitucionales, en el sentido que, la amenaza para el orden público no es aplicable cuando la misma deriva del contenido de las opiniones.[41] En tales casos, las opiniones sólo pueden ser prohibidas, de conformidad con la legislación sobre reuniones, cuando las mismas se encuentran prohibidas a través de leyes penales o de otras leyes.[42]

31 El derecho a la libertad de reunión no hace posible la imposición de límites a la expresión de opiniones que es admisible fuera de una reunión. La legislación sobre reuniones públicas no conlleva a una ampliación de las limitaciones sobre el contenido de opiniones.[43]

32 Lo expuesto permite concluir que las medidas restrictivas de la libertad de reunión, bien por la imposición de condiciones para su ejercicio o por la prohibición o la disolución de la reunión, derivadas del contenido de las opiniones expuestas en la reunión, requieren, en primer lugar, que se trate de expresiones prohibidas por una ley formal, en virtud del principio de reserva

---

38 Referencias sobre la evolución de la jurisprudencia, en VG Saarlouis Urteil vom 14.7.2014, 1 K 507/13

39 BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, Abs. 27

40 BVerfG · Beschluss vom 26. Januar 2006 · Az. 1 BvQ 3/06, Abs. 16

41 BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, Abs. 32

42 BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, Abs. 41

43 BVerfGE 111, 147/155 – Prohibición de la reunión por el contenido expresado

legal, como en el caso de las leyes penales. La aplicación de tales disposiciones legislativas debe ser conforme los parámetros establecidos en torno al derecho a la libertad de opinón. Finalmente, la medida debe encontrarse justificada por la necesidad de brindar protección al orden público, no por el contenido de la opinión, sino por la forma de realización de la reunión y del efecto de provocación que deriva del mismo.[44]

Los órganos administrativos estimaron infringido el orden público, en razón de las características nacional-socialistas de la reunión planificada y de su efecto sobre los ciudadanos y la imagen internacional del Estado. Especialmente se consideró relevante la posibilidad de difusión de la ideología de extrema derecha; la exibición de banderas negras, las cuales simbolizan de cierta forma la adhesión a las SS; la fecha elegida, así como la planificada marcha sobre la frontera con Holanda. Además se pretende el uso de tambores y la marcha militar. Tales elementos recuerdan el tiempo del nacional-socialismo y la invasión sobre Holanda. Las limitaciones del derecho de reunión exigen que la afectación al orden público derive de la forma de la expresión colectiva y no del simple contenido de lo expresado, como en el caso de conductas provocativas o agresivas que afectan la convivencia de los ciudadanos. El derecho de reunión protege marchas, pero no desfiles con características paramilitares u otros elementos intimidatorios.[45] 33

En el caso de actos simbólicos, tales como arrojar objetos blandos, como por ejemplo, tomates o huevos, la doctrina utiliza como parámetro de protección al derecho de reunión. En criterio de *Pieroth/Schlink*, habría que diferenciar si la finalidad de la conducta sólo está referida a ridiculizar o si por el contrario se persigue causar un daño, para determinar si se trata de una conducta pacífica o violenta dentro de la reunión.[46] 34

Finalmente, la estrecha relación entre los derechos de reunión y de libertad de opinión, e incluso su superposición en algunos casos, puede verse en los casos en los que, la sola presencia física de los manifestantes en un lugar determinado constituye un medio de comunicación de una reunión. Tal es el caso de una 35

44 VG Saarlouis Urteil vom 14.7.2014, 1 K 507/13
45 BVerfG · Beschluss vom 24. März 2001 · Az. 1 BvQ 13/01, Abs. 36
46 Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 692

contra-manifestación, en la que el bloqueo sentado de la marcha no sólo tenía por objeto impedir el paso concreto de los manifestantes, sino que pretendía simbolizar, el bloqueo que impediría la participación del partido de extrema derecha en la sociedad. El bloqueo de una de las calles simbolizaba el rechazo a uno de los tres principios del partido NPD, y la ocupación de ese lugar por los contra-manifestantes y no por el partido NPD.[47]

36 *Esquema del Caso: "La resistencia nacional"*

1) La relación jurídica se plantea en el sentido de la imposición de medidas restrictivas por parte de un órgano del Poder Público, con el objeto de proteger el orden público. Como parámetro de control de la constitucionalidad se hace uso del derecho de reunión, pero además se toma en consideración el derecho a la libertad de opinón.
2) El § 15 aparte 1 VersG [*Ley de Reuniones*] tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos, independientemente de si se trata de peligros derivados de opiniones o de otra forma. En todo caso, el § 15 aparte 1 VersG requiere de una interpretación restrictiva, por motivos constitucionales, en el sentido que, la amenaza para el orden público no es aplicable en los casos en que la misma deriva del contenido de las opiniones.
3) La entonación de consignas es una forma de expresión típica de las reuniones, las cuales participan de la protección de la libertad de reunión. Sería incompatible con la libertad de reunión que se pretenda derivar de formas típicas de la difusión de opiniones durante las reuniones, tales como las consignas entonadas en grupo así como el uso de pancartas o volantes, que acompañan a la expresión de determinas opiniones, para justificar limitaciones de la libertad de reunión, en base al argumento de la protección del orden público.[48]
4) Los efectos sobre terceros derivados del contenido de la opinión no pueden justificar una limitación a la reunión, en razón de que no se produce una situación de peligro para el orden público.[49]

47 VG Braunschweig · Urteil vom 28. Februar 2007 · Az. 5 A 685/05, Abs. 41
48 BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, Abs. 44
49 BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, Abs. 42

3 DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN

En el marco del método aplicable para determinar la conformidad de las actuaciones del poder público a los derechos fundamentales, se plantea una importante controversia, en torno a si el ámbito de protección comprende toda la materia temática del derecho fundamental (*teoría amplia de los elementos constitutivos*) o si es de menor alcance, debido a los límites establecidos desde la propia Constitución (*teoría estricta de los elementos constitutivos*).[50] La situación se torna aún más compleja por la diversidad de método y de la terminología aplicable. 37

3.1 Limitaciones constitucionales inmediatas

Resulta controvertido si el derecho a la libertad de opinión protege afirmaciones sobre hechos, realizadas a sabiendas de que son falsas, así como aquéllas cuya falsedad ya había sido establecida sin lugar a dudas al momento de realizarse la afirmación; las opiniones hostiles a la Constitución o que desconocen la dignidad humana de terceros; o que simplemente constituyen injuria formal o crítica injuriosa, forman parte del ámbito de protección de la libertad de opinión (*véase en detalle párr. 53 y sig.*). 38

Según un sector de la doctrina, los *"elementos constitutivos explícitos"* o *"limitaciones constitucionales inmediatas"* de los derechos fundamentales, se encuentran directamente establecidos por la norma constitucional.[51] Se trata de una descripción del alcance material de la norma constitucional, por lo que los ubica de forma inmediata en el ámbito de protección del derecho (*descripción* 39

50 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, §191, párr. 83; Espinoza, Naturschutz und Eigentum, pág. 35

51 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 252

inmediata del alcance de protección material).[52]

40 El impedimento o la prohibición del ejercicio de una conducta que no forma parte del ámbito de protección del derecho fundamental no constituirían una limitación del mismo ni activan el deber de justificación propio de tales derechos. Tales actos no deben ser medidos con respecto a las garantías formales y materiales que exigen los derechos de libertad o que se requieren en todo caso para las medidas limitativas de la libertad.[53] Esta posición es rechazada por *Bleckmann*, en razón de que, en principio, las injerencias de la Administración, incluso en ese ámbito, sólo pueden ser admisibles sobre la base de una ley. [54]

41 Sobre todo la afirmación, según la cual, la ley que concreta tales limitaciones carece de efectos constitutivos,[55] ha dado lugar a fuertes críticas.[56] Las mismas se basan en el temor de que las garantías del Estado de derecho que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales resultarían innecesarias, en razón de que tales limitaciones en ámbitos excluidos de los elementos constitutivos del derecho fundamental no tendrían el carácter de afectación del mismo.[57]

42 En efecto, una interpretación estricta de los elementos constitutivos de los derechos fundamentales podría tener como consecuencia, que ciertas conductas

---

52 Katz, Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht, pág. 324; v. Münch en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Vorb. Art. 1-19, párr. 49

53 Schnapp, Grenzen der Grundrechte, en: JuS 1978, 729, pág. 732; Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, en: Franßen (Coord.) Festschrift für Sendler, 39

54 Bleckmann, Die Grundrechte, 410

55 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, § 111, párr. 56; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 149; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 312, quien sin embargo afirma que tal constatación declarativa se encuentra sujeta a la Constitución y a la revisión del Tribunal FederalConstitucional

56 Lerche, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff, párr. 12, quien considera que tales críticas *„sólo se encontrarían justificadas, en la medida en que tales límites inmanentes también produzcan una reducción del ámbito de protección, que exceda de la interpretación correctiva del contenido del derecho. "*

57 Bleckmann, Die Grundrechte, pág. 404

resulten excluidas del ámbito de protección del derecho y con respecto a ellas decaerían las garantías subjetivas, es decir, las garantías que sólo son aplicables ante la afectación de un derecho subjetivo (principio de reserva legal, proporcionalidad, justificación material, garantías del derecho a la defensa, etc.). Sin embargo, algunos autores han propuesto salvar tal defecto con la aplicación de garantías objetivas.[58] Por lo menos debería observarse el principio de la reserva legal.[59] Estas dificultades no se presentan si admitimos, en principio, una interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho constitucional.

3.2 La interpretación amplia de los elementos constitutivos

En principio existe la tendencia en la jurisprudencia y doctrina[60] alemanas de interpretar en forma amplia los elementos constitutivos de un derecho fundamental.[61] El Tribunal Constitucional Federal ha dejado claro que frente a la interpretación de una norma constitucional, y sobre todo de un derecho fundamental debe prevalecer aquella interpretación *„en la cual se desenvuelva con mayor fuerza el efecto jurídico de la norma"*.[62] De igual forma, el citado Tribunal rechazó el argumento de una de las partes que prefería una interpretación estricta de los elementos constitutivos del derecho constitucional, 43

58 En términos similares, véase el voto salvado en BVerfGE 80, 137/167 y sig. – Cabalgata en el Bosque: La posibilidad de que exista el derecho a la libertad general de actuación subjetivizaría el principio del Estado de derecho, el cual sólo ha sido consagrado en forma objetiva, y se convertiría en una libertad general de no ser afectado por el Estado.

59 En tal sentido, Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, pág. 39; Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, § 111, párr. 179

60 Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 409. En esa medida coinciden Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, pág. 19

61 Abundantes ejemplos de la doctrina y jurisprudencia en: Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, pág. 24

62 BVerfGE 6, 55/72, con relación al Art. 6 aparte 1 de la Ley Fundamental

la cual estaba determinada por la preocupación de que una interpretación amplia podría acarrear dificultades al momento de establecer los límites del derecho. Por el contrario, en criterio del Tribunal, debía ser definida en primer lugar la sustancia material del derecho fundamental, para luego, bajo la consideración de la llamada presunción de la libertad y del principio constitucional de la proporcionalidad, establecer límites adecuados en el Estado de derecho al ejercicio del derecho fundamental.[63]

44 De acuerdo con la definición propuesta por *Alexy*, la teoría de la interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho fundamental permite que todo aquello que pueda ser protegido por la norma constitucional, entre en el ámbito de protección del derecho. De allí deriva la siguiente regla: *Toda situación que presente un elemento, que considerado aisladamente pueda ser subsumido en los requisitos de procedencia de la norma, es protegida por la misma, sin importar cuáles otros elementos estén presentes.*[64]

45 La interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho fundamental se justifica sobre todo a través de argumentos formales, relativos al método de interpretación. Pero también son aplicables argumentos de derecho material.[65] Los derechos fundamentales tienen por objeto primario asegurar la protección de la esfera de libertad del individuo frente a la intervención del Poder Público.[66]

---

63 BVerfGE 32, 54/72

64 Véase, en rechazo a las teorías de Müller y Rüfner, Alexy, Theorie der Grundrechte, pág. 291

65 Véase también el fundamento de la libertad general de actuación en BVerfGE 80, 137 (154) – Cabalgata en el Bosque – „Todo intento valorativo de limitar el ámbito de protección conduciría a una pérdida del espacio de libertad del ciudadano. Ello no puede encontrarse justificado simplemente porque los restantes derechos fundamentales tengan un ámbito de protección más estrecho y definido cualitativamente. No existen motivos que justifiquen la necesidad de tales limitaciones." El criterio contrario es defendido por Rüfner, Grundrechtskonflikte, pág. 456, quien estima que una libertad ilimitada sólo podría ser razonable frente a la Administración

66 Véase BVerfGE 7, 204; Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, en: NJW 1976, 2101. La relación entre el ámbito de protección y la afectación de dicho ámbito de protección sólo se presenta en el caso de los derechos de libertad y no en casos de afectación de derechos

De allí deriva el llamado principio distributivo: Mientras que la libertad del individuo es en principio ilimitada, la facultad del Estado para intervenir en dicha esfera es en principio limitada. Ello tiene como consecuencia, que en la práctica, no exista conducta humana que no se encuentre comprendida dentro de los derechos fundamentales de libertad.[67] Uno de los elementos que caracterizan la función de *status negativus* lo constituye la circunstancia que el sistema de los derechos fundamentales carece en principio de vacíos, tal como se desprende del principio de protección a la dignidad humana y del derecho a la libertad general de actuación.[68]

La legitimación del método escalonado, según el cual el análisis es realizado, en primer lugar, sobre los elementos constitutivos del derecho fundamental y luego, con respecto a los límites que se imponen al derecho, también se basa en argumentos formales.[69] Tal fundamento deriva de la idea de un proceso de subsumisión que resulte racional y controlable.[70] La forma de argumentación a que se alude impide que la referencia a los intereses de la sociedad sea abordada también al tratar el aspecto dogmático de los elementos constitutivos de la 46

fundamentales de otro tipo. Al respecto, Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Tomo III/2., pág. 30; Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltsloser Freiheitsgrundrechte, pág. 5 y sig.. Crítico de la posición preferente de la función de libertad de los derechos fundamentales: Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, pág. 15 y sig.

67 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 427; Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, pág. 118

68 Dürig, Art. 1 Abs. 1, párr. 13; 84 y sig.; el mismo autor, Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, pág. 80: „A la plena vinculación de todas las formas de actuación del Estado, le corresponde la plena protección constitucional en sentido del derecho material, en todas las áreas de la vida "; Di Fabio, Art. 2 aparte 1 pág. 12

69 Abundantes referencias acerca de la controversia del método de la afectación y la limitación, en: Stern/Sachs Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tomo III/2, § 77 II 3, nota al pie 38

70 Véase Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 407; véase también Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht, § 111, párr. 44; Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, pág. 172 y sig..; el mismo autor, Bauelemente einer Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Raumes, pp. 343; 361

libertad.[71] Con ello se reduce el peligro de limitaciones arbitrarias de la libertad, que podrían tener lugar a través de una definición restrictiva del derecho fundamental.[72] Para *Schulte*, tal método no es otra cosa que una necesidad lógica en un esquema de regla y excepción, del cual debe partir todo ordenamiento jurídico.[73]

47 Una justificación normativa del mencionado procedimiento deriva en parte de la disposición que sujeta a los poderes públicos a la vigencia de los derechos fundamentales, así como de la garantía del Estado de justicia. La doctrina de los derechos fundamentales debe hacer posible una decisión de control de los tribunales constitucionales que sea racional y predecible.[74] La medida en que es posible limitar un derecho fundamental debe establecerse en forma cuidadosamente escalonada y en diferentes grados según el derecho de que se trate.[75] Ello demuestra que el pensamiento tradicional de afectación y limitación de los derechos fundamentales es el que mejor expresa el objeto de la Ley Fundamental.[76]

48 Sin embargo, no debe ser sobreestimado el resultado obtenido con la anterior argumentación. En todo caso, la misma sirve como fundamento para rechazar cualquier interpretación restrictiva de los elementos constitutivos del derecho fundamental, cuando tal interpretación sólo persiga el resultado preestablecido de evitar o disminuir el número de conflictos entre los derechos fundamentales.[77]

---

71 Starck, Art. 1 Abs. 3, párr. 229; Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, pág. 23

72 Starck, Art. 1 Abs. 3 párr. 229; Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, pág. 24

73 Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, pág. 54

74 Starck, Art. 1 Abs. 3, párr. 229

75 Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, en: NJW 1974, 1529/1537. En detalle: Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr, en: EuGRZ 1984, 457; Alexy, Theorie der Grundrechte, pp. 105; 249

76 Lerche, Buchbesprechung, en: DÖV 1965, 212/213. Pecher, Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten, pág. 96

77 El criterio opuesto es sostenido por Rüfner, Grundrechtskonflikte, pág. 461; Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, pág. 57. En criterio de Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 230, no existe una presunción, ni a favor

3.3 La jurisprudencia inicial del Tribunal Federal Administrativo

El Tribunal Federal Administrativo sostuvo en sus inicios (1953-1957) el criterio según el cual, es propio de la noción de todo derecho fundamental, que el mismo *"no pueda ser ejercido"* cuando con ello sea lesionado otro derecho fundamental [78] o se pongan en peligro bienes jurídicos necesarios para la sociedad. Pues todo derecho fundamental [79] supone la existencia de una organización estatal, a través de la cual el mismo es garantizado. [80] Esta jurisprudencia es calificada como una forma de reducción teleológica de los elementos constitutivos de los derechos fundamentales.[81] En el presente estudio 49

de una interpretación amplia ni a favor de una interpretación estricta del ámbito de protección de los derechos fundamenales, sino que el ámbito de protección debe ser determinado de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación jurídica.

78 BVerwGE 1, 303

79 Incluso aquellos que no hacían referencia a la posibilidad de limitación por parte de la ley. El Tribunal era del criterio que la libertad de arte, consagrada en el Art. 5 Aparte 3 Frase 1 de la Ley Fundamental no estaba sometida a las limitaciones de las leyes generales, en el sentido del Art. 5 Aparte 2 de la Ley Fundamental, así como tampoco a la habilitación general de policía. Sin embargo, ello no significaba que para la libertad de arte no existiera absolutamente ningún límite; véase BVerwGE 1, 303/307

80 BVerwGE 1, 48/52; BVerwGE 1, 92/94; BVerwGE 1, 303/307; BVerwGE 2, 85/87; BVerwGE 3, 21/24; BVerwGE 2, 345/346; BVerwGE 6, 13/18

81 Schmidt, Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik pág. 953; BVerfGE 30, 173; Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, pág. 7; Schnapp, Grenzen der Grundrechte, en: JuS 1978, 729/732, quien afirma que: *„no hay límites de los derechos constitucionales fuera de las posibilidades de limitación fijadas o por lo menos referidas por la Ley Fundamental"*. El criterio contrario es sostenido por Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, pág. 264. Por otra parte, ha fracasado el intento de establecer una misma reserva de limitación para todos los derechos fundamentales, en razón de la especialidad de las limitaciones del catálogo de tales derechos. En tal sentido: Müller, Die Positivität der Grundrechte, pág. 13: *„Tal criterio (...) olvida tomar en cuenta el punto de partida de la problemática, en el sentido de que las garantías constitucionales son precisamente 'bienes necesarios' para la existencia de la sociedad".* Igualmente Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, pág. 39: Además no puede admitirse una reserva general de limitación, en el sentido de la aplicación analógica de los límites del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en razón de la relación de subsidiaridad del Art. 2 Aparte 1 de la Ley Fundamental, con respecto a los derechos fundamentales especiales; véase Starck, Art. 5 Abs. 3 374

debe analizarse si la concepción que sirve de fundamento a los derechos fundamentales puede realmente prescindir de las etapas propias de la limitación de los mismos.

50 Las decisiones iniciales acerca de la lesión de un derecho fundamental del Tribunal Federal Administrativo se producían según la siguiente fórmula. En primer lugar, determinaba el Tribunal el ámbito de protección del derecho fundamental y, al efecto, a través de una interpretación amplia de los elementos constitutivos de la norma (ejemplo de ello fue la noción de la profesión).[82] Si un derecho fundamental era aplicable, la decisión del Tribunal Federal Administrativo dependía de sí, sobre la base del Art. 19 aparte 2 Ley fundamental, había sido o no afectado el contenido esencial del derecho fundamental, en el sentido de que el mismo *„pierde todo valor práctico"*.[83] Sin embargo, la posibilidad de una afectación del contenido esencial debía ser desechada desde un principio en caso de que la limitación *„tenga por objeto la protección de bienes jurídicos de igual o mayor valor y es idónea y necesaria para alcanzar tal objetivo"*.[84] Como tales bienes jurídicos fueron tomados en consideración: la protección de la moneda, de los económicamente débiles y de

---

82 BVerwGE 1, 92/97: *"Una interpretación de naturaleza estricta contraría el contenido liberal de las disposiciones de los derechos fundamentales y no tomaría en cuenta las permanentemente cambiantes necesidades de la vida económica."*

83 BVerwGE 2, 85/87; Crítica BGHZ 26, 42/52. Por el contrario, la Corte Federal aplicaba parámetros más estrictos para el control de la garantía del contenido esencial: *„Un derecho fundamental resulta afectado en su contenido esencial, cuando a través de la injerencia ha sido limitada la vigencia esencial y el desenvolvimiento del derecho fundamental, con mayor intensidad a la que estrictamente era requerida por su fundamento material. La afectación sólo debe ser realizada en caso de estricta necesidad y en la menor medida posible según la situación de que se trate y debe obedecer a la intención de dejar fundamentalmente el mayor espacio posible al derecho fundamental"* (BGHSt 4, 385-396). Con respecto a la evolución del principio de proporcionalidad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, desde su decisión en el caso de las Farmacias (BVerfGE 7, 377), véase Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, en: AöR 1973, 569 passim. Otras referencias en Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, pp. 30 y sig.

84 BVerwGE 5, 286/288

la propiedad,[85] la salud del pueblo,[86] el aseguramiento del orden en el tránsito público,[87] las buenas costumbres, en el sentido de una concepción general fundamental sobre la vinculación ética del individuo en la sociedad[88] y una jurisdicción eficiente.[89] Concepciones morales, religiosas o personales de algunos sectores de la población, a pesar de ser valores internos, sin embargo no han sido colocadas por la Ley Fundamental bajo la protección especial del Estado.[90] En todo caso, el Tribunal Federal Administrativo analizaba si la limitación del derecho fundamental se encontraba justificada[91] y si era necesaria.[92]

El tribunal confirmó tal concepción en sentencia del 21 de noviembre de 1957, 51
en los términos siguientes: *„Como consecuencia de este criterio, la limitación de un derecho fundamental, que se produzca a través de una ley o por parte de la Administración Pública, que no contenga una habilitación expresa para ello –como en este caso, el derecho a escoger el lugar de estudios – sólo es conforme a la Ley Fundamental, cuando de lo contrario se coloque en peligro un bien jurídico necesario para la existencia de la sociedad."*[93] Tal criterio es similar al sustentado en la actualidad,[94] según el cual los derechos fundamentales pueden ser limitados en base a su colisión con derechos de los demás o a otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, incluso cuando el derecho

---

85 BVerwGE 5, 286/288

86 BVerwGE 1, 48/52; BVerwGE 2, 345/346

87 BVerwGE 1, 92/95; BVerwGE 3, 21/24; confirmatorio BGHZ 26, 42/52

88 BVerwGE 1, 303/307

89 BVerwGE 2, 85/87; BVerwGE 6, 13/18

90 BVerwGE 1, 303/308

91 BVerwGE 3, 21/27

92 BVerwGE 2, 85/89; BVerwGE 2, 345/346; BVerwGE 5, 286/288

93 BVerwGE 6, 13/18

94 Quizás con la única diferencia de la mayor referencia constitucional que se requiere en la jurisprudencia actual sobre el bien que debe ser protegido y que justifica la limitación del derecho; véase Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, pág. 663: *„…considerado más exactamente es también la fórmula de limitación (la del BVerfG) una forma de categoría inmanente. La misma es simplemente fundada constitucionalmente con mayor cuidado a que fórmula empleada por el Tribunal Administrativo Federal."* (Paréntesis no en original)

fundamental contenga una reserva de limitación expresa a favor de la ley.[95]

52 En todo caso, es de interés para el objeto del presente estudio que, a pesar del uso de expresiones tales como la limitación *"desde un principio"* o el rechazo a la posibilidad de *"hacer uso"* del derecho fundamental, el Tribunal Federal Administrativo siempre pasó a comprobar si la medida de limitación era proporcional y con ello conforme al mismo derecho fundamental. En tal medida, las expresiones idiomáticas utilizadas pueden llevar a la falsa consideración de que el método aplicado se conforma con la interpretación del ámbito de protección del derecho fundamental, cuando en realidad fueron aplicadas las garantías que sirven de protección al derecho. Por tal motivo, el criterio jurisprudencial indicado no puede servir de fundamento a una teoría restrictiva del ámbito de protección del derecho fundamental.

3.4 La interpretación amplia de la libertad de opinión

53 La noción de opinión es objeto de interpretación amplia. Precisamente, el sentido de la libertad de opinión es que no se encuentra sujeta a una reserva de contenido: La libertad de opinión es aplicable a contenidos de todo tipo y calidad. [96] La opinión comprende los puntos de vista, concepciones, convicciones, valoraciones, juicios, pronósticos, y posturas frente a cualquier

---

95 Al respecto, Schnapp, Grenzen der Grundrechte, en: JuS 1978, 729/735; otras referencias Jarass, en: Vorb. vor Art. 1, párr. 45 y sig. Criterio opuesto Bethge, Art. 5, párr. 176, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz: *"Dicha argumentación no puede ser aplicada a los derechos fundamentales con reserva de limitación, en razón de que las reservas que los mismos establecen expressis verbis a favor del orden estatal de la sociedad son suficientes y excluyentes."* Más referencias en Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltsloser Freiheitsgrundrechte, notas al pie 18-19

96 Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 155

cosa o persona, incluyendo valoraciones sobre otros juicios de valor.[97]

El derecho a la libertad de opinión comprende el derecho de toda persona a expresar y difundir libremente sus opiniones. Las opiniones se caracterizan por la relación subjetiva del individuo, con el contenido de la expresión. El elemento determinante es la fijación de un criterio personal.[98] 54

La protección se dirige no sólo al contenido de la expresión, sino también a su forma. El que una afirmación sea formulada en forma polémica u ofensiva,[99] en forma aguda o hiriente,[100] no la sustrae del ámbito de protección del derecho fundamental. La expresión de la opinión no pierde la protección del derecho fundamental por la forma en que fue expuesta. En tales casos, quedaría por determinar, sí y en qué medida pueden ser establecidas limitaciones del derecho, en los términos del art. 5 aparte 2 de la Ley Fundamental.[101] 55

3.4.1 *La expresión sobre hechos*

Caso: La negación del holocausto (ámbito de protección) 56
El 17 de abril de 2005 visitó el recurrente la posada "B", en la cual sólo se encontraba el propietario. El recurrente lo abordó con una discusión sobre los sucesos en Alemania durante el Tercer Reich. Además le entregó una carpeta con material informativo en forma de dos escritos de discursos que había sostenido públicamente, así como varios artículos contra la opresión de la verdad en Alemania, entre ellas, la mentira hirtórica sobre la invasión a Polonia en 1939 y sobre la responsabilidad de los funcionarios sobre el inicio de la segunda guerra mundial. En el primiero de ellos se afirma entre otras cosas, que había sido demostrado científicamente que no hubo cámaras de gas contra personas. El holocausto a los judíos era calificado como una mentira con una finalidad específica.

97 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 8
98 BVerfGE 124, 300/320 – Homenaje a *Rudolf Heß*
99 BVerfGE 93, 266/289 – Soldaten sind Mörder
100 BVerfGE 90, 241/247 – Auschwitzlüge
101 BVerfGE 90, 241/247 – Auschwitzlüge

57 El Tribunal Federal Constitucional ha señalado que, si bien el artículo 5 aparte 1 frase 1 no distinge los juicios de valor de las afirmaciones sobre hechos; sin embargo, un hecho no constituye en sentido estricto, una opinión. La afirmación sobre hechos carece del elemento de la toma de posición, de la opinión en el marco de una controversia intelectual.[102]

58 A diferencia de las opiniones, en la expresión sobre hechos se plantea una relación objetiva entre la expresión y la realidad. En tal medida, también son revisables desde el punto de vista de su contenido veraz.[103] Aún cuando no resulta del todo claro sí, y en qué medida, la expresión sobre hechos recibe la protección del derecho a la libertad de opinión,[104] la misma se afirma sin duda, por lo menos en la medida en que constituyen una condición para la formación de la opinión. Generalmente, las opiniones se basan en consideraciones fácticas o hacen referencia a una situación de hecho.[105]

59 Por tal motivo, la protección de la expresión sobre hechos finaliza, en los casos en que ya no puede aportar nada a la formación de la opinión. Bajo ese punto de vista, la información incorrecta no constituye un bien jurídico digno de protección. La jurisprudencia parte de que, para la difusión de falsas afirmaciones sobre hechos, no existe, por lo general, un motivo que lo justifique. Las afirmaciones realizadas a sabiendas de que son falsas, así como aquéllas cuya falsedad ya había sido establecida sin lugar a dudas al momento de realizarse la afirmación, no se encuentran protegidos por la libertad de opinión.[106] Si por el contrario, la falsedad sólo es establecida con posterioridad

---

102 BVerfGE 61, 1/8 – Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'

103 BVerfGE 90, 241/247 – Auschwitzlüge; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 240

104 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 9

105 BVerfGE 90, 241/247 – Auschwitzlüge; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 240

106 BVerfGE 99, 185/197 – Scientology. También en este sentido, Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 240

a la expresión, ello no le retira retroactivamente la protección del derecho fundamental.[107] En todo caso, las condiciones del deber de veracidad no pueden ser establecidas de forma tan estricta, que resulte afectada la función de la libertad de opinión o que produzca un efecto disuasivo por temor a sanciones.[108]

Otro sector de la doctrina considera que no se trata de un asunto de delimitación del ámbito de protección. La valoración de este tipo de expresiones no constituye un criterio adecuado de delimitación del derecho, incluso aunque no resulte difícil distinguir entre hechos verdaderos y falsos o entre veracidad objetiva y subjetiva.[109] 60

En todo caso, resulta mayor garantía de protección del derecho fundamental incluir tanto a los hechos falsos, como a las opiniones insostenibles, en principio, como parte de la protección del derecho y sólo en el ámbito de la ponderación con intereses en conflicto de terceros o con otros bienes jurídicos, atribuirles un valor reducido.[110] 61

La afirmación, según la cual, en los campos de concentración no se produjo un exterminio masivo de personas de religión judía, a través de cámaras de gas, constituye un hecho demostradamente falso, que no se encuentra protegido por la libertad de opinión, en la medida en que no se encuentra inseparablemente vinculado a la expresión de opiniones y juicios de valor.[111] 62

En un volante bajo el título "*Así se comportan los huéspedes?*", se describen detalles de encuentros violentos entre un alemán y una familia turca en una residencia familiar. En los subtítulos se lee, entre otras cosas, "*limpieza étnica de alemanes en Alemania?*"; "*Comando turco con taxis en acción*", así como "*la policía no puede ayudar?*". Al final de texto se hace un llamado a formarse una opinión sobre lo narrado, así como 63

---

107 Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 1698

108 BVerfGE 90, 241/247 – Auschwitzlüge

109 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 10; en sentido distinto, Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 246, afirma que penalización de la divulgación de hechos falsos no afecta el ámbito de protección de la libertad de opinión.

110 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 10

111 BVerfG · Beschluss vom 25. März 2008 · Az. 1 BvR 1753/03, Abs. 50

comunicarsela al autor. El texto indicado fue calificado por el Tribunal Federal Constitucional como una afirmación de hechos, que sirve de base a valoraciones, que además contiene juicios de valor.[112]

64 *Esquema del Caso: La negación del holocausto (ámbito de protección)*

Las expresiones indicadas forman parte del ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión. Las mismas niegan en su conjunto el suceso histórico del holocauto, el cual constituye un hecho demostrado, por lo que su negación es un hecho que resulta falso, el cual por sí mismo no se encuentra protegido por la libertad de opinión. Sin embargo, en una visión de conjunto, las expresiones se encuentran inseparablemente vinculadas a la expresión de opiniones. El recurrente cuestiona la responsabilidad de Alemania en el incio de la segunda guerra mundial y señala que se trata de una mentira de la generación de la postguerra, especialmente de los políticos de la República Federal. Por su parte, esta tesis, en su carácter de expresión valorativa, se encuentra protegida por la libertad de opinión.[113] *Ver la continuación del caso en párr. 349*

3.4.2 *El valor de lo expresado*

65 La opinión recibe protección del derecho fundamental, con independencia de si lo expresado resulta con o sin fundamento, emocional o racional, o si puede ser calificada de valiosa o sin valor, peligrosa o inócua.[114] La Ley Fundamental no hace depender la protección de la expresión de la opinión de tales cualificaciones. La expresión de la opinión recibe protección constitucional independientemente de la valoración que puedan recibir, bajo los mencionados puntos de vista, o de otros distintos.[115] La distinción, a partir de la calidad moral o ética de la opinión o de sus efectos frente a otros podría conducir a una amplia relativización de la garantía constitucional; además de que, la distinción entre

---

112 BVerfG · Beschluss vom 12. November 2002 · Az. 1 BvR 232/97, Abs. 12

113 BVerfG · Beschluss vom 9. November 2011 · Az. 1 BvR 461/08, Abs. 30

114 BVerfGE 124, 300/320 – Homenaje a *Rudolf Heß*

115 Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 1698

opiniones valiosas o sin valor sería muy difícil y con frecuencia imposible.[116]

3.4.3 *Expresiones con fines publicitarios*

El Tribunal Federal Constitucional ha establecido que el derecho a la libertad de opinión también es aplicable en los casos de expresiones comerciales, así como la simple publicidad comercial, en la medida en que su contenido valorativo se encuentre dirigido a la formación de la opinión o contenga elementos que sirvan a la formación de la opinión.[117] 66

La exclusión de la publicidad comercial sin contenido valorativo ha sido objeto de críticas en la doctrinal. En criterio de *Wendt*, la concepción neutral de la libertad de opinión exige que la protección del derecho fundamental se extienda más allá de las expresiones valorativas, para incluir aquellas con una motivación personal. Esto sería contrario a la prohibición de distinción por parte del estado expresiones, según su motivación, su contenido y su forma.[118] Sobre la utilidad privada de la libertad de opinión, *véase también, párr. 6* 67

3.4.4 *El efecto de lo expresado*

Debe ser rechazado el criterio, según el cual, sólo la expresión de una opinión recibe protección como derecho fundamental, pero no el efecto que causa o que persigue sobre otros. El sentido de la expresión de una *opinión* reside precisamente en emitir el *„efecto de la idea sobre el entorno"*; *„producir un efecto formador de la opinión y convencer a la colectividad"*. Por consiguiente, los juicios de valor, que tienen por objeto causar un efecto intelectual, y que buscan convencer a otros, se encuentran protegidos por el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental; si bien la protección del derecho fundamental se 68

116 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 8

117 BVerfGE 102, 347/359 – Schockwerbung I; BVerfGE 107, 275/280 – Schockwerbung II; BVerfG Beschluss vom 05. März 2015 – 1 BvR 3362/14, Abs. 16

118 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 11

refiere en primer lugar, a la posición personal de quien expresa un juicio de valor, mediante el cual se busca causar un efecto sobre otros. No tendría sentido una separación entre expresiones (protegidas) y efectos de la expresión (no protegidos). [119]

69 La expresión de una opinión, así entendida, como tal en su puro efecto espiritual, es libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico protegido legalmente de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, una *"ponderación de los bienes jurídicos".* El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que puedan resultar afectados con el ejercicio de la libertad de opinión. Si tales intereses superiores de un tercero se encuentran dados, debe ser establecido con base en todas las circunstancias del caso. [120]

3.4.5 *Las expresiones emocionales*

70 La libertad de opinión es un derecho de libertad individual que se encuentra protegido, a causa de su utilidad privada y comprende, en primer término, libertad de expresar la percepción del individuo de situaciones injustas, a través de su emocionalidad subjetiva.[121]

3.4.6 *Las expresiones subidas de tono*

71 Expresiones subidas de tono se encuentran, en principio, dentro del ámbito de la autonomía protegida por el artículo 5 aparte 1 de la Ley Fundamental.[122] La libertad de opinión no sólo garantiza las expresiones basadas en un fundamento

---

119 BVerfGE 7, 198/210 – Lüth
120 BVerfGE 7, 198/210 – Lüth
121 BVerfG, 10.03.2016 – 1 BvR 2844/13, Abs. 24
122 BVerfG, 10.03.2016 – 1 BvR 2844/13, Abs. 24

racional, sino también aquella que se expone en forma crítica, incluso mordaz, polémica y subida de tono (*überspitzt*); en tal medida, el límite de la opinión admisible no se encuentra, en el momento en que no resulte necesario subir el tono para exponer una crítica fundada. [123]

3.4.7 *El medio empleado*

El Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, protege el derecho de toda persona a expresar y difundir libremente su opinión en *"palabras, escritos e imágenes"* y, análógicamente, por cualquier otra forma similar de expresión, como por ejemplo, a través de una melodía con sentido simbólico, o a través de los *"nuevos medios"*, en la medida en que se encuentren al servicio de la comunicación del individuo.[124] Sin embargo, no sería objeto de protección la utilización de medios físicos u otra forma de coherción, con el objeto de imprimir mayor impacto a la posición del sujeto.[125] 72

3.4.8 *Expresiones hostiles a la Constitución*

El Tribunal Federal Constitucional ha señalado que la restricción de la propaganda del régimen nacional-socialista constituiría una excepción inmanente a la prohibición de leyes especiales a que se reifiere el artículo 5 apartes 1 y 2 de la Ley Fundamental (*véase en párr. 106*). En este contexto, afiman *Maunz/Zippelius* que, la libertad de opinión no protege la expresión de opiniones hostiles a la Constitución o que desconocen la dignidad humana de terceros, los cuales constituirían limitaciones immanentes de la libertad de opinión.[126] Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional ha dejado claro, que en principio, también los partidarios de extrema derecha pueden hacer valer la protección de la libertad de opinión. Tales expresiones se encuentran sujetas en 73

123 Beschluss vom 08. Februar 2017 – 1 BvR 2973/14, Abs. 14
124 Con más referencias, Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 241
125 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 241
126 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 246

todo caso a las limitaciones de las leyes generales.[127]

74 El Artículo 18 de la Ley Fundamental regula la privación de los derechos fundamentales, en razón del abuso de la libertad de opinión, especialmente de la libertad de prensa, de la libertad de enseñanza, de reunión y otros, para atacar el órden fundamental de la democracia liberal. Tal disposición es considerada un límite a nivel del ámbito de protección del derecho,[128] aún cuando no ha tenido aplicación significativa en la práctica.[129]

3.4.9 *La aprobación del nacionalsocialismo*

75 Incluso la difusión de las ideas del nacionalsocialismo, como un cuestionamiento radical del orden vigente, no se encuentra desde un principio fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión (*ver en párr. 15*).[130] A partir de la controversial referencia a la injusticia y terror del nacional-socialismo, como una excepción inmanente (*véase en párr. 106*), algunos autores han sostenido que la libertad de opinión no protege la expresión de opiniones hostiles a la Constitución o que desconocen la dignidad humana de terceros.[131] Sin embargo el Tribunal Federal Constitucional ha rechazado expresamente tal criterio. Aún cuando las limitaciones de la libertad de opinión puedan derivar de la colisión con otros derechos fundamentales, sin embargo, su concretización se encuentra sujeta a la reserva legal. Se requiere de un fundamento legal que haga posible tal limitación a la libertad de opinión.[132]

---

127 BVerfG · Beschluss vom 1. Juni 2006 · Az. 1 BvR 150/03, Abs. 21

128 Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 156

129 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 713

130 BVerfGE 124, 300/320 – Homenaje a *Rudolf Heß*

131 Maunz/Zippelius Deutsches Staatsrecht, pág. 246

132 BVerfGE 111, 147/157 – Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot

3.4.10 *La injuria formal y la crítica injuriosa*

Resulta controvertido si las expresiones que afectan la dignidad humana de otra persona y que simplemente constituyen injuria formal o crítica injuriosa, se encuentran fuera del ámbito de protección de la libertad de opinión,[133] o si simplemente se plantea una regla de prevalencia, en favor de la protección de la personalidad.[134] 76

El Tribunal Federal Constitucional ha señalado que en el sentido que, en el caso de la injuria formal y la crítica injuriosa, no es necesaria la ponderación entre la libertad de opinión y el derecho a la personalidad,[135] mientras que si la expresión no constituye una afectación de la dignidad humana, ni puede ser calificada como una injuria formal o una crítica injuriosa, entonces la ponderación dependería de la gravedad de la afectación de los bienes jurídicos en conflicto.[136] De tal forma, si bien la protección del honor es un asunto relativo a los límites de la libertad de opinión, y no un problema de su ámbito de protección, sin embargo, en materia de injuria, puede afirmarse la existencia de una excepción a tal principio. Desde el punto de vista dogmático, la exclusión de la ponderación de bienes jurídicos reside en la protección absoluta de la dignidad humana,[137] *tal como veremos más adelante.* 77

Debido a su efecto limitante de la libertad de opinión, el Tribunal Federal Constitucional ha desarrollado una definición estricta de las expresiones denigrantes.[138] Para la calificación de una expresión crítica como injuria no resulta suficiente con una expresión abusiva, sino que se requiere que ya no tenga referencia con el tema del debate, sino que se plantee principalmente con el fin de difamar a la persona. La expresión debe estar dirigida a monospreciar 78

---

133 En sentido afirmativo, Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 241

134 BVerfGE 93, 266/293 – Soldaten sind Mörder

135 Beschluss vom 08. Februar 2017 – 1 BvR 2973/14, Abs. 14

136 BVerfGE 93, 266/294 – Soldaten sind Mörder

137 Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 155

138 BVerfG · Urteil vom 12. Mai 2009 · 1 BvR 2272/04, Abs. 40

al otro y no simplemente a una crítica polémica y subida de tono. Por ese motivo, sólo excepcionalmente podrá considerarse que una expresión en una materia que afecte de forma esencial a la opinión pública, pueda ser calificada de injuriosa y que se restrinja a un ámbito privado.[139]

3.4.11 *El principio de la dignidad humana*

79 Si bien la protección del derecho general de la personalidad no ostenta un rango superior frente a otros derechos, sin embargo, en la medida en que tal derecho constituye una expresión directa de la dignidad humana, las limitaciones que de allí derivan tienen efectos absolutos, sin la posibilidad de la ponderación de bienes jurídicos. En el caso de afectaciones al derecho al honor, en su contenido medular, protegido por la dignidad humana, reside una afectación grave, que no puede ser justificada por la libertad artística,[140] o por la libertad de opinión. [141]

80 La dignidad humana constituye el fundamento de todos los derechos fundamentales y no puede ser sometido a ponderación con respecto a alguno de ellos.[142] De allí que, cuando se encuentra dado el elemento del tipo penal, relativo a la infracción de la dignidad humana, como ocurre en los casos del § 130 del Código Penal, entonces, en principio, ya no podrían tomarse en consideración los intereses de la libertad de opinión.[143]

81 En todo caso, dado que no sólo algunos, sino todos los derechos fundamentales constituyen una concretización del principio de la dignidad humana, se requiere siempre una justificación especialmente cuidadosa, para asumir que el ejercicio de un derecho fundamental ha producido la afectación de la dignidad humana,

---

139 BVerfGE 93, 266/293 – Soldaten sind Mörder
140 BVerfGE 75, 369/380 – Strauß-Karikatur
141 BVerfGE 93, 266/293 – Soldaten sind Mörder
142 BVerfGE 93, 266/293 – Soldaten sind Mörder
143 BVerfG · Beschluss vom 6. September 2000 · Az. 1 BvR 1056/95, Abs. 43; BVerfG · Beschluss vom 25. März 2008 · Az. 1 BvR 1753/03, Abs. 44

la cual es inviolable.[144]

144 BVerfGE 93, 266/293 – Soldaten sind Mörder

4 AFECTACIONES A LA LIBERTAD DE OPINIÓN

Mientras que la determinación del ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, el tema de la afectación del derecho es comparativamente menos problemático. En la práctica, la afectación del derecho se produce a través de situaciones claras, tales como la prohibición de emitir o repetir una opinión determinada. Dado que la protección del derecho no sólo comprende el contenido, sino también la modalidad de la expresión, también se presenta una afectación cuando la prohibición está referida a la forma, el lugar, el tiempo u otras circunstancias. Finalmente tienen el carácter de afectación las sanciones, con las cuales se amenaza la prohibición de la expresión, tales como penas e indemnizaciones por daños. No es preciso que se limite o prohiba la conducta protegida, sino que también constituye una afectación la imposición de cualquier consecuencia desfavorable, como por el ejemplo, la rescisión de un contrato de entrenamiento por la expresión de una opinión.[145]

4.1 La afectación clásica

82 La *"afectación"* es una intervención de carácter no irrelevante en el objeto protegido por el derecho fundamental en contra de la voluntad del titular del derecho.[146] La misma se caracteriza por la presencia de determinados elementos. Se trata de la intervención estatal, formal, intencional e inmediata en un bien jurídico.[147] Como consecuencia de tal intervención se activan los mecanismos

---

145 Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 1700

146 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

147 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59; Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

de protección del Estado de derecho: La reserva legal; la prohibición de exceso y de defecto; la posibilidad del recurso judicial y generalmente, determinadas previsiones procedimentales.[148]

La libertad de expresar y difundir una opinión presupone la libertad frente a la imposición de directrices, el impedimento por parte del Estado, o la afectación de otro tipo, tales como las prohibiciones con reserva de autorización o la imposición de condiciones, así como la imposición de consecuencias desfavorables por una opinión determinada.[149] 83

4.2 La afectación fáctica

Los derechos fundamentales también deben ofrecer protección frente a injerencias de hecho o mediatas, las cuales con frecuencia ostentan un contenido lesivo similar o superior a la afectación clásica. De allí deriva la necesidad de un concepto amplio de la noción de afectación del derecho.[150] Actualmente es generalmente admitido que la protección constitucional no se limita a un tipo específico de afectación,[151] pues ello sería contrario a la función del derecho fundamental de proteger de forma efectiva determinados ámbitos de libertad y de garantizar que el individuo se encuentre libre de desventajas que no se ajusten a la Constitución.[152] En tal caso, no se deja de lado a la noción clásica de afectación del derecho fundamental, sino que la misma se enriquece con nuevas facetas.[153] Por ello, siguen teniendo validez los conocidos institutos que 84

148 Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234
149 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 18
150 Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234
151 BVerwGE 71, 183; Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, pág. 33
152 BVerwGE 71, 183
153 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

permiten ejercer una defensa resistente frente a tales injerencias.[154]

85 Consecuencia de la ampliación del concepto de afectación del derecho es la pérdida de los claros contornos que caracterizan a la clásica afectación estatal, final e imperativa.[155] Por otra parte, los derechos fundamentales no tienen la función de proteger contra *todo* tipo de afectación.[156] Ello es consecuencia de la situación social del titular del derecho dentro de un Estado y de una sociedad.[157]

86 Para establecer un ámbito más concreto, dentro del cual el derecho fundamental brinde protección frente a afectaciones de hecho o mediatas, puede tomarse en consideración los parámetros que derivan de la finalidad de protección de cada derecho fundamental (doctrina modal o funcional del ámbito de protección).[158] El Tribunal Federal Constitucional hace referencia en este sentido a la idea del orden o del valor de los derechos fundamentales.[159] Con ello el grado de afectación no resulta determinado por criterios idénticos para todos los derechos fundamentales. Además deben ser tomados en cuenta los riesgos atípicos e impredecibles que se relacionan con la actuación de los poderes del Estado.[160]

87 A través de la interpretación de la finalidad protectora de cada derecho fundamental, puede establecerse en qué forma su ámbito de protección también comprende el entorno social o de otro tipo de la actividad realizada. En la misma medida en que determinado derecho fundamental también brinde protección frente a los cambios del entorno derivados de la injerencia del Estado, se plantea también la sujeción de la actuación del Estado al derecho fundamental del

---

154 Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234
155 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59
156 BVerwGE 71, 183
157 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechte nach dem Normzweck, pág. 102
158 BVerwGE 71, 183/192
159 Lübbe-Wolff, Rechtsprobleme der Behördlichen Umweltberatung, pág. 2711
160 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

individuo.[161]

Otros criterios, para la determinación de la existencia de una afectación fáctica de los derechos fundamentales, se encuentran referidos al grado de mediatez, esto es, la longitud de la cadena causal entre el acto del poder Público y el efecto sobre el afectado.[162] En la medida en que sea más larga la cadena causal, la densidad de la afectación será menor y la posibilidad de imputar responsabilidad disminuye.[163] 88

La longitud de la cadena causal no es relevante cuando la finalidad perseguida con la conducta puede sintetizar el desarrollo de los acontecimientos en una conducta unitaria de afectación del derecho fundamental.[164] La densidad de la cadena causal puede ser considerada suficiente, a pesar de la pluralidad de estaciones causales, cuando existía la intensión de causar el resultado lesivo del derecho. [165] Una afectación relevante del derecho fundamental se plantea generalmente cuando se encuentran dados ambos criterios.[166] 89

La determinación de la finalidad de una medida no se encuentra limitada al objetivo principal que le sirve de motivación, sino que debe ser concebida como un proceso complejo, el cual comprende necesariamente las consecuencias colaterales asociadas al objetivo principal.[167] A pesar de que la actuación de la Administración no hubiera tenido por finalidad esencial causar una consecuencia desfavorable, las mismas son consideradas condiciones necesarias 90

---

161 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 105

162 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

163 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

164 BVerwGE 90, 112/ 120

165 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

166 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

167 Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzvorbehalt, pág. 215

para alcanzar la meta propuesta.[168]

91 En contra del argumento relativo al efecto limitador de la libertad, se ha señalado que tales efectos no pueden ser medidos con exactitud. Tales objeciones han sido tomadas en consideración por el Tribunal Federal Administrativo, el cual evalúa si la medida puede causar consecuencias graves y considera necesario que tales consecuencias hubieran sido previsibles.[169] La referencia exacta del efecto en la situación real es entonces sustituida por la constatación de que en determinada medida las consecuencias desfavorables eran previstas ex ante y no simplemente a través de una evaluación ex-post. El criterio de la gravedad de la afectación resulta con ello subjetivizado. Lo determinante es en todo caso, cuáles fueron las consecuencias previsibles.[170]

92 Finalmente, puede ser tomado en consideración el criterio de la gravedad de la afectación. La afectación clásica de los derechos fundamentales por parte del Estado regulador, esto es, la llamada *"afectación imperativa",* se encuentra dirigida expresamente a producir una reducción de la esfera de libertad protegida por el derecho fundamental, por lo que puede ser declarada contraria a derecho, incluso cuando sus efectos no sean considerados graves.[171] En tales casos, la existencia de una desventaja relevante para el derecho fundamental no se encuentra sujeta a la magnitud del daño. Toda afectación imperativa resulta valorada como una lesión significativa, independientemente de la medida de la lesión del derecho fundamental.[172] Una concepción distinta, que niegue la posibilidad de que el ciudadano se defienda en contra de afectaciones cuya gravedad se encuentre por debajo de determinado nivel de intensidad, significaría en la práctica que el Estado podría causar efectos gravosos de forma

168 Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzvorbehalt, pág. 215
169 BVerwG, U.v. 23.5.1989, NJW 1989, 2272/2273
170 Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, pág. 554
171 BVerwGE 90, 112/121
172 Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 277

arbitraria, siempre que los mismos no produjeran daños demasiado graves.[173]

De allí que, en los casos de afectación directa de un derecho fundamental no es relevante si la misma ha producido un daño grave. Sin embargo, en los casos de afectación fáctica, la intensidad de los efectos sobre las personas, juega un papel esencial para establecer si resulta afectado el ámbito protegido por el derecho fundamental.[174] En los casos de simples afectaciones de hecho y no específicas, el criterio de la afectación *"grave"* del derecho fundamental puede ser aplicado con el objeto de distinguir, entre injerencias del Estado en el ámbito constitucionalmente protegido de libertad y aquellas que no poseen relevancia constitucional.[175] De tal forma es posible establecer restricciones en los elementos constitutivos del derecho fundamental, de acuerdo con una especie de reserva de afectación irrelevante.[176] La doctrina es pacífica en afirmar la necesidad de tales correctivos para hacer determinable la noción ampliada de la afectación del derecho fundamental.[177] 93

Molestias fácticas de poca intensidad deben ser consideradas como parte de los riesgos razonables de la vida, en contra de los cuales el derecho fundamental no otorga a su titular ninguna protección.[178] De allí que, mientras más mediata sea la relación entre la conducta y el resultado, la intensidad del efecto producido debe ser mayor, para considerar dada una afectación del derecho fundamental.[179] 94

---

173 Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 277

174 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

175 BVerwGE 87, 37/43; Andreas Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 298; BVerwGE 90, 112/121

176 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

177 Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 239; Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 34; Heckmann, Eingriff durch Symbole?, pág. 880

178 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

179 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

95 Por otra parte, en los casos de afectación fáctica, en los que se encuentre presente el factor de intencionalidad y la situación se hubiera encontrado bajo el control del Estado, se considera una afectación relevante del derecho fundamental, aún cuando la relación de causalidad no hubiera sido inmediata, independientemente de la intensidad del daño.[180]

96 En los casos, en los que el Estado procura influir en la conducta del público y el esperado cambio de conducta que se produce efectivamente causa por su parte efectos en posiciones protegidas por derechos fundamentales, no es necesario establecer condiciones relativas a la gravedad de la afectación.[181] Tales injerencias finalistas de carácter fáctico, son equivalentes a las clásicas afectaciones imperativas.[182]

97 Como afectaciones fácticas de la libertad de opinión puede señalarse el impedimento o eliminación de la posibilidad de expresarse, como en el caso del uso de altavoces, la interceptación de comunicaciones escritas o la separación de quien se expresa, del público espectador, pero también las escuchas y gravaciones de las comunicaciones, en razón de la afectación de integridad, exclusividad y confiabilidad de lo expresado.[183]

98 En el caso del ámbito protegido por el derecho de reunión, puede ser considerada una afectación fáctica, el impedimento en las vías de acceso y salida del lugar de la reunión,[184] así como el empleo de controles preventivos, mediante las observaciones y registros. El *"acompañamiento preventivo"* a ambos lados de una marcha, por parte de policías con equipamiento antimotines, casco y bastón largo, ha sido calificado de afectación de una reunión.[185] También debemos mencionar el efecto disuasivo de la aplicación de las medidas propias del

---

180 BVerwGE 90, 112/121
181 Di Fabio, Information als hoheitlihes Gestaltungsmittel, pág. 5
182 Di Fabio, Information als hoheitlihes Gestaltungsmittel, pág. 5
183 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 18
184 Gornig/Jahn, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 98
185 OVG Bremen Sent. de 24.04.1990, Exp. 1 BA 18/89

derecho procesal penal. En tales casos, estamos en presencia de una afectación fáctica del derecho fundamental.

5 LIMITACIONES AL DERECHO

99 El artículo 5, aparte 2 de la Ley Fundamental dispone que la libertad de opinión, así como la libertad de prensa y la libertad de información tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

5.1 Las leyes generales

100 *Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (Leyes generales)*
El § 130 aparte 4 del Código Penal dispone lo siguiente:
(4) Con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa es castigado quien públicamente o en una reunión, de manera que afecte la dignidad de las víctimas, perturbe la paz pública, al aprobar, exaltar o justificar el régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo

101 En su decisión Lüth, el Tribunal Federal Constitucional reconoció que, el concepto de *"ley general"* ha sido controvertido desde sus inicios. Se ha afirmado que el concepto quedó en el Art. 118 de la Constitución de Weimar de 1919, sólo debido a un error de redacción. Pero, durante la vigencia de esa Constitución se le dio la interpretación de que por *"todas las leyes",* se debía entender aquellas que no prohíben una opinión como tal, sino que además, sirven directamente para la protección de un bien jurídico, que se debe proteger sin necesidad de tener en cuenta determinada opinión, o para la protección de un valor de la comunidad, frente al cual tiene prevalencia el ejercicio de la

libertad de opinión.[186]

De acuerdo con el art. 5, párr. 2, frase 1 GG la libertad de opinión encuentra sus límites en las disposiciones de las leyes generales. Como tales se entienden las leyes que no prohiben una opinión como tal, sino que tienen por objeto la protección de un bien jurídico, sin tomar en cuenta una opinión determinada. Se trata de la protección general del bien jurídico en el ordenamiento jurídico, independientemente de si pueden ser afectados por medio de opiniones o de otro modo.[187] 102

El punto de partida para determinar si una ley es una ley general, es en primer lugar la cuestión de si la ley hace referencia al contenido de una opinión. Si la ley describe la conducta, con independiencia del contenido de una opinión, no habría dudas de la generalidad de la ley. Si por el contrario, la ley hace referencia al contenido de una opinión, será determinante si la ley tiene por objeto la protección de otro bien jurídico. Si este es el caso, debe presumirse por regla general, que la ley no se dirige en contra de una opinión determinada, sino que se dirige a la protección frente a afectaciones del bien jurídico, en forma neutral y general frente a una opinión. Ejemplo de ello, son las disposiciones relativas a los deberes de moderación política de los funcionarios y soldados; la penalización de la injuría en contra del estado y sus símbolos; la injuria o la vieja redacción de la incitación al odio, contenida en el derogado § 130 del Código Penal.[188] 103

Una norma carece del carácter de ley general, cuando la limitación referida al contenido de la opinión no se encuentra descrita en forma suficientemente amplia, sino que desde un principio se dirige en contra de determinada convicción, posición o ideología. La descripción de la conducta infractora y del bien juríridico protegido debe ser lo suficientemente general, para garantizar que la norma en el campo político resulta abierta a diferentes grupos y que la opinión 104

186 BVerfGE 7, 198/209 – Lüth
187 BVerfGE 124, 300/321 – Homenaje a *Rudolf Heß*
188 BVerfGE 124, 300/322 – Homenaje a *Rudolf Heß*

prohibida o penalizada puede provenir de diferentes posiciones políticas, religiosas o de cosmovisión. La norma debe estar referida sólo al bien jurídico protegido, y no al valor o desvalor de la opinión concreta.[189]

105 El principio de la ley general garantiza una prohibición especial de discriminación por convicciones políticas en el caso de afectaciones de la libertad de opinión. Las leyes que se encuentran referidas al contenido de la opinión y que prohiben o penalizan la afectación de bienes jurídicos a través de opiniones, sólo son admisibles bajo estricta neutralidad y trato igualitario.[190]

106 *Esquema del Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (Leyes generales)*
El § 130 aparte 4 del Código Penal tiene por objeto la protección de la paz pública. Sin embargo, no se encuentra redactado en forma amplia o general. No se protege en general a las víctimas, sino que la norma está referida específicamente a la aprobación, exaltación o justificación del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo. De tal forma no es una ley general, sino una ley especial para la protección frente a los peligros allí señalados.
Aún cuando la norma tiene por objeto la protección del honor personal, específicamente, la dignidad de las víctimas, sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional declaró que, la exigencia de la ley general también es aplicable en los casos de disposiciones que tienen por objeto la protección del honor.[191]
No obstante, aunque no sea una ley general, el Tribunal Federal Constitucional consideró que el § 130 aparte 4 del Código Penal es compatible con el artículo 5 apartes 1 y 2 de la Ley Fundamental. En vista de que la República Federal de Alemania ha sido concebida como un sistema opuesto a la experiencia de injusticia y terror del nacional-socialismo, la restricción de la propaganda de ese régimen constituiría una excepción inmanente a la prohibición de leyes especiales a que se refiere el artículo 5 apartes 1 y 2 de la Ley Fundamental.[192] Se trata de un argumento

---

189 BVerfGE 124, 300/323 – Homenaje a *Rudolf Heß*

190 BVerfGE 124, 300/324 – Homenaje a *Rudolf Heß*

191 BVerfGE 124, 300/327 – Homenaje a *Rudolf Heß*. Una posición distinta es asumida por Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 245; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 590

192 BVerfGE 124, 300/327 – Homenaje a *Rudolf Heß*; BVerfG · Beschluss vom 6. September 2000 · Az. 1 BvR 1056/95, Abs. 38; BVerfG · Beschluss vom 9. November 2011 · Az. 1 BvR 461/08, Abs. 27; Beschluss vom 28. März 2017 – 1 BvR 1384/16, Abs. 16. En este contexto, afiman *Maunz/Zippelius* Deutsches Staatsrecht, pág. 246, que, la libertad de opinión no protege la expresión de opiniones hostiles a la

controvertido en la doctrina, especialmente por cuanto significa un cierto retroceso en la garantía de la neutralidad y distancia material que debe mantener el estado frente al contenido de las opiniones.[193] Además, desde el punto de vista dogmático, se rechaza la posibilidad de reconocer limitaciones inmanentes a la libertad de opinión, en razón de que la regulación sobre las limitaciones del derecho, a que se refiere el artículo 5 aparte II, tendría carácter excluyente de otro tipo de limitaciones.[194]

5.2 El derecho al honor personal

La protección del honor constituye una limitación independiente de la limitación contenida en las leyes generales. Pero, según ha establecido el Tribunal Federal Constitucional, la exigencia de la ley general también es aplicable en los casos de disposiciones que tienen por objeto la protección del honor.[195] 107

5.2.1 *La afectación del honor*

El derecho al honor personal se encuentra protegido constitucionalmente en el art. 2 aparte 1, en concordancia con el art. 1 aparte 1 de la Ley Fundamental. El derecho al honor puede ser objeto de afectación, especialmente a través de expresión de opiniones, motivo por el cual se encuentra expresamente señalado como causa de justificación de limitaciones de la libertad de opinión, en el 108

Constitución o que desconocen la dignidad humana de terceros, los cuales constituirían limitaciones immanentes de la libertad de opinión.

193 Wüstenberg, Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?, pág. 472; Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 158

194 Huster, Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, pág. 490

195 BVerfGE 124, 300/327 – Homenaje a *Rudolf Heß*. Una posición distinta había sido asumida en BVerfGE 111, 147/155 - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot, así como en la doctrina, por Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 245; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 590; Lothar, Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit, pág. 158; v. der Decken, Meinungsäußerungsfreiheit und Recht der persönlichen Ehre, pág. 1401

artículo 5, aparte 2 de la Ley Fundamental. Pero ello no supone que el legislador pueda limitar la libertad de opinión a discreción. Por el contrario, el legislador debe tener en consideración el derecho objeto de limitación y evitar posibles limitaciones excesivas de la libertad de opinión. [196]

109 La protección de instituciones del estado no deriva del derecho a la protección del honor, en razón de que las mismas no son titulares del honor *"personal"*, ni del derecho a la personalidad, sino que en todo caso se trataría de una limitación, en base a las leyes generales.[197]

5.3 La protección de la juventud

La exigencia de la ley general también es aplicable en los casos de disposiciones que tienen por objeto la protección de la juventud.[198]

196 BVerfGE 93, 266/290 – Soldaten sind Mörder

197 BVerfGE 93, 266/291 – Soldaten sind Mörder

198 BVerfGE 124, 300/327 – Homenaje a *Rudolf Heß*. Una posición distinta es asumida por Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 245; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 590

6 EL EFECTO IRRADIANTE

La doctrina del efecto irradiante de los derechos fundamentales, se encuentra referida a la influencia que ejerce el orden de valores contenido en la Constitución, para la interpretación de las normas de todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. La tesis de los efectos irradiantes de los derechos fundamentales es aplicable al Poder Ejecutivo y Judicial, en la interpretación y aplicación de las leyes, incluso las disposiciones del derecho privado.[199] La característica del efecto irradiante reside en que no configura un nuevo ámbito del derecho constitucional, sino que mantiene los ámbitos del derecho (civil, penal, administrativo), aún cuando cobra vigencia interna en las materias, sobre las cuales ejerce influencia. Estos ámbitos del derecho resultan en cierta medida permeados por el derecho constitucional. El efecto irradiante no se limita al poder judicial, sino que atañe a todas las funciones del Estado.[200] 110

Desde la sentencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania del 15 de enero de 1958, dictada en el caso *Lüht*, la doctrina del efecto irradiante ha sido aplicada reiteradamente por ese tribunal en innumerables materias. 111

6.1 El orden de valores en el derecho alemán

En la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional se ha considerado tradicionalmente la libertad de opinión como parte indispensable y fundamental de los elementos funcionales, de una comunidad democrática. Ésta tiene el carácter de expresión directa de la personalidad humana y como uno de los derechos humanos más importantes, constitutivo de un ordenamiento 112

199 Badura, Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten, pág. 178
200 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, pág. 198

democrático liberal, pues hace posible la controversia intelectual permanente y la confrontación de opiniones como elemento vital de esa forma de Estado. Por su parte, la libertad de reunión se entiende como la libertad de expresar una opinión colectiva, por lo que deben trasladarse a ella las mismas consideraciones.[201] El derecho de reunión no sólo constituye un derecho subjetivo del individuo, sino también un elemento objetivo de la Constitución.[202]

113 La vigencia de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico, deriva de la dimensión de los derechos fundamentales como decisiones de valor, de naturaleza objetiva. Se trata de principios fundamentales que informan toda previsión e interpretación jurídica.[203] La idea, según la cual, las normas de derechos fundamentales conforman un orden objetivo de valores, se atribuye a la doctrina de la integración expuesta por *Rudolf Smend* en los años veinte y ha sido calificada como el mayor descubrimiento del derecho constitucional de la segunda mitad del siglo XX.[204] La Constitución forma parte de un sistema cultural y de valores, que conforma la finalidad del Estado.[205] El orden de valores objetivo no se limita a las normas de derechos fundamentales, sino que también comprende los elementos del orden liberal democrático del Estado.[206]

114 Los derechos fundamentales resultan algo más que simples derechos subjetivos aislados, sino que forman el núcleo del sistema de valores objetivo de la Constitución.[207] El Tribunal Federal Constitucional ha atribuido a la mayoría de

---

201 BVerfGE 69, 315/344 – Brokdorf; Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, párr. 37

202 Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, párr. 3

203 BVerfGE 7, 198/205 – Lüth. Sobre los efectos en el control de constitucionalidad, Espinoza, Derecho Constitucional en Alemania y Austria, párr. 215. Críticas al concepto y sobre el estado de la discusión en la doctrina, Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, pág. 149; Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, pág. 16; 436; Eberl, Verfassung und Richterspruch, pág. 110

204 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág 161

205 Detjen, Die Werteordnung des Grundgesetzes, pág. 32

206 Detjen, Die Werteordnung des Grundgesetzes, pág. 35

207 Detjen, Die Werteordnung des Grundgesetzes, pág. 35; Con respecto a la relación interna entre el contenido jurídico subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales,

los derechos fundamentales el rango de valores objetivos fundamentales. El término *"objetivo"* es empleado para diferenciarlo del derecho subjetivo. Pero, en ningún caso, se refiere a un valor imparcial o neutral.[208]

Los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las Constituciones de cada uno de los Estados.[209] 115

La Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral, sino que ha establecido en su capítulo sobre derechos fundamentales un orden de valores objetivo, a través del cual se procura fortalecer la vigencia de los derechos fundamentales.[210] Este sistema de valores constituye una decisión constitucional válida para todas las esferas del derecho. El poder legislativo, la administración y la judicatura reciben de allí directrices e impulso.[211] La función de los derechos fundamentales como principios objetivos tiene su origen en el sentido primario de libertad de los ciudadanos y no adquiere carácter independiente de éste.[212] También las normas relativas a la organización del Estado y de la administración pública, deben tener en consideración el orden de valores de la Constitución.[213] 116

Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, pág. 208; Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, pág. 20

208 Detjen, Die Werteordnung des Grundgesetzes, pág. 35

209 BVerfGE 7, 198/204 – Lüth

210 BVerfGE 7, 198/205 – Lüth. Detjen, Die Werteordnung des Grundgesetzes, pág. 35

211 BVerfGE 7, 198/205 – Lüth; BVerfGE 50, 290/336 – Mitbestimmung. Ver también, con más detalle, Espinoza, Derecho Constitucional en Alemania y Austria, párr. 215 y sig.

212 BVerfGE 50, 290/337 – Mitbestimmung

213 BVerfGE 21, 362 – Sozialversicherungsträger

6.2 Los efectos recíprocos

117 Las disposiciones que establecen limitaciones a los derechos fundamentales, deben ser interpretadas restrictivamente, a la luz del derecho fundamental afectado.[214] De allí deriva la teoría de los efectos recíprocos. La relación entre la ley que establece limitaciones a un derecho fundamental y el derecho fundamental afectado no puede ser concebida como una restricción unilateral de la vigencia del derecho fundamental. Por el contrario, la ley que limita un derecho fundamental debe ser objeto de interpretación, en base al valor de dicho derecho. De tal forma, se reduce su efecto de limitación, a la luz del derecho fundamental afectado.215 La limitación realizada en ejecución de la ley, debe ser objeto de control, en base al principio de proporcionalidad.

118 En el caso del derecho de reunión, la aplicación de la teoría de los efectos recíprocos supone que, por ejemplo, las normas penales aplicables a conductas relacionadas al ejercicio del derecho, o medidas relacionadas con la responsabilidad civil, deben ser interpretadas y aplicadas, tomando en consideración la importancia del derecho fundamental.[216]

119 La doctrina predominante se ha mostrado conforme a la teoría de los efectos recíprocos.[217] No sería compatible con la especial importancia que ostentan los derechos fundamentales, especialmente en el caso de los derechos de comunicación, para el desenvolvimiento del individuo y para la democracia liberal, que la sola existencia de una ley pudiera justificar la limitación del derecho.[218] Se trata de una coordinación constitucional de la libertad, objeto de limitación y el bien jurídico protegido por la norma legal; la limitación debe ser idónea y necesaria y la finalidad perseguida debe encontrarse en relación

---

214 Sachs, vor Art. 1, párr. 32, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

215 BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; BVerfGE 67, 157/172 – G 10

216 Höfling, Art. 8, párr. 44, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

217 Kübler, Medien, Menschenrechte und Demokratie, pág. 70

218 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 76; Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 1698

adecuada con la afectación del derecho fundamental.[219]

La teoría de los efectos recíprocos ha sido calificada como el aporte más importante de la concepción del orden de valores; como uno de los más exitosos artículos de exportación de los derechos fundamentales.[220] 120

En ciertos casos, se han planteado críticas, que se refieren más a la figura lingüística utilizada, que al contenido de la teoría. De tal forma, se afirma, que no se trata de un efecto recíproco, en sentido estricto, sino de un efecto derivado del principio de jerarquía de las normas, en el sentido de un efecto, de arriba hacia abajo. El derecho ordinario sólo produciría efectos en el nivel del derecho fundamental, en la medida en que el legislador se encuentra habilitado a determinar su configuración.[221] En igual sentido, se plantea que, el efecto irradiante y el efecto recíproco no suponen otra cosa que la aplicación del principio de la interpretación conforme a la Constitución de las normas que limitan el derecho fundamental.[222] 121

6.3 El sitio de irrupción de los derechos fundamentales

Caso: Lüth 122
El Sr. *Lüth* declaró publicó en la prensa una *"Carta Abierta",* señalando lo siguiente: *"El Tribunal de Jurados no negó que Harlan, el "Director Nazi N°1" y a través de su film "Jud Süß", se convirtió en uno de los más importantes exponentes de la persecución contra los judíos, durante buena parte del período de Hitler."*
Un tribunal civil dictó una orden preventiva contra el recurrente, a través de la cual se le prohibió realizar llamados al boicot de la nueva película del director *Harlan*. El Tribunal basó la condenatoria del Sr. *Lüth* en el § 826 del Código Civil [BGB]. Estimó que la conducta del recurrente en el sentido de esta disposición infringe las

219 Bethge, Art. 5, párr. 145, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz
220 Referencias en: Rensmann, Wertordnung und Verfassung, pág. 275
221 Hochhuth, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, pág. 74
222 Höfling, Art. 8, párr. 44, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 595

"buena costumbres", por lo que constituye una conducta ilícita, ya que no se encuentra permitida por una causa de justificación.[223] [*ver esquema en párr. 126*]

123 El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho ordinario[224] a través de las disposiciones que regulan directamente cada ámbito jurídico. El orden jurídico debe estar en concordancia con el sistema de valores de la Constitución; desde ese sistema fluye hacia aquél un contenido constitucional específico, determinante de su interpretación.[225]

124 La influencia de los parámetros de valor de los derechos fundamentales, se realiza sobre todo a través de las *"cláusulas generales"* que remiten para la valoración de las conductas humanas a criterios externos e incluso extrajurídicos, tales como de las *"buenas costumbres".* En efecto, ante la decisión acerca de qué exigen esos principios sociales en cada caso, debe partirse en primera línea de la totalidad de las concepciones axiológicas, que alcanza el Pueblo en un momento determinado de su desarrollo ideológico-cultural y, que ha plasmado en su Constitución. Por ello son designadas con razón las cláusulas generales como *"el sitio de irrupción"* de los derechos fundamentales en el derecho civil.[226]

125 En fuerza del mandato constitucional, el juez debe examinar, si las disposiciones materiales del derecho legal que debe aplicar, reciben la influencia de los derechos fundamentales en la forma descrita. Si este es el caso, entonces tendrá que tener en cuenta las modificaciones al derecho que de allí se originen para la interpretación y aplicación de esas disposiciones. Éste es el sentido también de la vinculación del juez a los derechos fundamentales. Si omite esos criterios, y

---

223 BVerfGE 7, 198 – Lüth

224 Nota: Utilizaremos la expresión *"derecho ordinario"* para referirnos al derecho de inferior jerarquía, con respecto al derecho constitucional, como traducción de la expresión alemana *"einfaches Recht"*

225 BVerfGE 7, 198/205 – Lüth

226 BVerfGE 7, 198/206 – Lüth

su sentencia deja de tomar en consideración esa influencia del derecho constitucional, entonces infringe no sólo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, infringiría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto el ciudadano tiene un derecho constitucional, aun respecto del poder judicial. [227]

126

Esquema del Caso: Lüth
(1) La decisión judicial constituye una limitación del derecho a la libertad de opinión del Sr. *Lüth*. La limitación persigue una finalidad legítima, al efecto, la protección del derecho a la reputación del director de cine, Sr. *Harlan*. (2) La limitación del derecho a la libertad de opinión deriva de una norma legal expresa, por lo que cumple con la garantía de reserva legal. El § 826 del Código Civil prevé la responsabilidad por daños causados intencionalmente, mediante una conducta contraria a las buenas costumbres. La interpretación de este concepto indeterminado debe tomar en consideración el principio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales e intereses en conflicto. (3) La prohibición de realizar llamados al boicot de la nueva película del director *Harlan* es idónea para proteger su derecho a la reputación. (4) La prohibición no resulta excesiva, en razón de que no afecta el contenido relativo a la supuesta conducta reprochable del Sr. *Harlan*, sino que sólo impide llamar al boicot. (5) En cuanto a la valoración, debe reconocerse un elevado valor al ejercicio de la libertad de opinión. La opinión expresada constituye un aporte a la formación de la opinión pública, en una materia de interés general. En la medida en que la forma de lo expresado no tiene la finalidad de ofender, entonces debe prevalecer frente al derecho a la protección de la reputación del Sr. *Harlan*. Por ello, la limitación infringe el derecho a la libertad de opinión del Sr. *Lüth*.

227 BVerfGE 73, 261/269 – Sozialplan

7 La delimitación entre la Constitución y la ley

127 En la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, la doctrina de los efectos irradiantes, a partir de la sentencia *Lüth* del 15 de enero de 1958, dio lugar a una controversia en torno a la tesis de un sector de la doctrina, que afirma la imposibilidad de separar el derecho constitucional y el derecho ordinario. La tesis contraria hace referencia a la necesidad de distinguir claramente entre ambos ámbitos, en razón de que el Estado moderno se basa en la relación de jerarquía de las normas, con la Constitución en su vértice superior.[228]

128 El efecto irradiante de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del derecho produce la relativización de la delimitación entre el derecho constitucional y el derecho de inferior jerarquía.[229] De allí deriva una masa, generalmente difícil de separar, entre el derecho constitucional y legal.[230]

129 En la doctrina se señala en forma crítica, que la confusión de los límites entre el derecho constitucional y el derecho ordinario deriva de la indeterminación de la teoría de los efectos irradiantes.[231] La afirmación, según la cual el ordenamiento jurídico recibe *"directrices e impulso"* a partir de los derechos fundamentales, dejaría sin resolver la forma concreta de la influencia, su alcance, así como el resultado del mismo. Los límites del *"ámbito de influencia"* de los derechos fundamentales no son determinables en forma abstracta. El alcance y la intensidad de los efectos irradiantes de los derechos fundamentales quedarían sin determinación, hasta tanto el Tribunal Federal Constitucional los determine en el caso concreto, para lo cual puede el tribunal establecer por sí mismo los

---

228 Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, pág. 179

229 von Münch, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Vorb. Art. 1-19, párr. 22

230 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, pág. 198; Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, pág. 51

231 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, pág. 198

parámetros aplicables.[232]

En criterio de *Canaris*, la tesis del efecto irradiante de los derechos fundamentales no guarda relación con el problema que se plantea en el derecho procesal constitucional, con respecto a la delimitación entre el juez constitucional y el juez de instancia. Tampoco se trata de un problema exclusivo de la validez de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares, sino que el mismo también se presenta en el derecho público, en el cual se reconoce la vigencia inmediata de los derechos fundamentales.[233] 130

7.1 Los criterios de delimitación

Una primera teoría para la delimitación se produjo en la sentencia del Tribunal Federal Constitucional, del 10 de junio de 1964, en la cual se utilizó la llamada *fórmula del Juez Heck*, sobre el *derecho constitucional específico*. Para determinar si un tribunal de instancia había interpretado y aplicado el derecho ordinario en forma contraria a los derechos fundamentales, el Tribunal Federal Constitucional hizo referencia a la exigencia establecida a partir de la sentencia *Lüth*, según la cual debían ser tomados en cuenta los parámetros de valor de los derechos fundamentales.[234] Los tribunales deben tener en cuenta, para la interpretación y aplicación del derecho ordinario, y especialmente de las cláusulas generales, los criterios valorativos contenidos en los derechos fundamentales.[235] Los procesos normales de subsumisión en el marco del derecho ordinario se encontrarían excluidos del control de constitucionalidad, a menos que sean evidentes errores de interpretación, que deriven de una concepción errónea de la importancia de un derecho fundamental, especialmente 131

232 Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, pág. 51
233 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, pág. 29
234 BVerfGE 18, 85/91 – Derecho Constitucional Específico
235 BVerfGE 7, 198/207 – Lüth; BVerfGE 18, 85/91 – Derecho Constitucional Específico

del alcance de su ámbito de protección.[236]

132 Los límites a la posibilidad de intervención del Tribunal Constitucional Federal no siempre pueden ser claramente establecidos en términos generales.[237] La limitación de un derecho fundamental sólo es admisible, en base a una disposición legislativa que cumple las condiciones establecidas por la Constitución. Tal es el caso, cuando la norma aplicada ha sido dictada por el órgano competente, cuando el contenido y la intensidad de la intervención se encuentran justificados por motivos de interés general y es conforme al principio de proporcionalidad.[238]

133 Según la llamada *fórmula de Schumann*, una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de una norma desconoce la importancia y el alcance de un derecho fundamental, cuando le atribuye un contenido que incluso el legislador no hubiera podido establecer, sin incurrir en inconstitucionalidad.[239]

134 También incurre en infracción del derecho constitucional una interpretación de la ley que no tiene en consideración los derechos fundamentales; cuando ha determinado el ámbito de protección del derecho fundamental en forma incorrecta o incompleta, o cuando ha realizado una valoración errónea de la importancia del derecho fundamental.[240] La determinación de los hechos es materia de la competencia de los jueces de instancia. Pero, corresponde al juez constitucional, revisar si la valoración de los hechos infringió los parámetros establecidos constitucionalmente.[241]

---

236 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, pág. 198

237 BVerfGE 18, 85/92 – Derecho Constitucional Específico. Crítico de la idoneidad de esta fórmula, para determinar el alcance del control del juez constitucional frente a los tribunales de instancia, Starck, Verfassungen, pág. 120

238 BVerfGE 115, 276/304 – Sportwetten; BVerfGE 85, 248/258 – Ärztliches Werbeverbot; BVerfGE 111, 366/373 – Steuerberaterwerbung

239 BVerfGE 115, 320/367 – Rasterfahndung II; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 1178

240 BVerfGE 106, 28/45 – Mithörvorrichtung; BVerfGE 112, 332/358 – Pflichtteil

241 BVerfGE 113, 63/85 – Junge Freiheit

7.2 La densidad del control

Según la *regla de la intensidad de control*,[242] pueden producirse diferencias, en la medida en que las normas legales evidencien una distinta importancia con respecto al derecho fundamental. En la medida en que la afectación del derecho fundamental sea mayor, o en la medida en que la norma sirva para garantizar el ámbito de protección del derecho fundamental, entonces el control de constitucionalidad de la aplicación de la norma debe ser de mayor intensidad.[243] Especialmente en el caso de las sanciones penales, la revisión constitucional ya no se limita a determinar si la decisión se basó en una incorrecta concepción del derecho fundamental, como en la tesis del derecho constitucional específico, sino que también comprende la determinación de ciertos errores de interpretación.[244] 135

En el caso del control del desconocimiento de la influencia de los derechos fundamentales en el derecho penal o en el derecho procesal penal, es determinante la intensidad de la afectación del derecho fundamental. Mientras más grave sea la afectación del derecho fundamental por parte de la sentencia penal, entonces son más estrictas las condiciones para la justificación de la afectación[245] y las posibilidades de revisión del Tribunal Federal Constitucional adquieren un mayor alcance.[246] Este es especialmente el caso de la condena basada en un delito grave, sancionado con una elevada pena.[247] Pero, incluso aunque la sanción impuesta hubiera sido sólo una sanción pecuniaria, la sanción penal es considerada de mayor intensidad que la sanción civil, bien dirigida a la orden de abstención de la conducta, a la rectificación o a la indemnización por 136

242 Klatt, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, 237; También en este sentido, Bernal: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, pág. 803

243 BVerfGE 75, 302/314 – Präklusion II; BVerfGE 54, 208/215 – Böll; BVerfGE 61, 1/6 – Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'

244 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, pág. 199

245 BVerfGE 42, 143/149 – Deutschland-Magazin

246 BVerfGE 43, 130 – Flugblatt

247 BVerfGE 82, 236/259 – Schubart

daños y perjuicios.[248] El tipo o la cuantía de la condena civil no es indicio relevante del grado de afectación constitucional.[249]

137 En los casos en que el Tribunal Federal Constitucional determina la existencia de una afectación de elevada intensidad, se lleva a cabo una "revisión completa". El tribunal ha sustituido la valoración realizada por el juez de instancia, por una valoración propia,[250] lo cual constituye el nivel más elevado de control.[251]

7.3 La densidad del control y derechos fundamentales

138 Excepcionalmente, el Tribunal Federal Constitucional realiza un control de mayor profundidad. Tal es el caso, por ejemplo, de la aplicación del derecho a la asociación en partidos políticos.[252] La determinación de si una persona tiene derecho al asilo, está referida a la aplicación directa de la norma constitucional, e incluso a la titularidad del derecho. En tales casos, corresponde al juez constitucional la revisión de si la investigación de los hechos y su valoración, son conformes a la norma constitucional.[253]

139 En el caso de los derechos de comunicación, esto es, de libertad de opinión y de reunión, el Tribunal Federal Constitucional realiza una revisión especialmente detallada,[254] que ha dado lugar a numerosas críticas. Se afirma que el amplio control de constitucionalidad da lugar a la pérdida de claridad en el alcance del derecho, especialmente en la medida en que su ejercicio afecta intereses de

---

248 BVerfGE 43, 130/136 – Flugblatt
249 BVerfGE 54, 208/215 – Böll
250 BVerfGE 42, 143/149 – Deutschland-Magazin. Tröndle, Das BVerfG und sein Umfang mit dem "einfachen Recht", pág. 269
251 Klatt, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, pág. 237
252 BVerfGE 111, 54/84 – Rechenschaftsbericht
253 BVerfGE 76, 143/161 – Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft
254 Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 1183

terceros, protegidos penal y constitucionalmente.[255]

La prohibición de expresar una opinión, contenida en una decisión judicial, constituye siempre una afectación sensible, independientemente de que hubiera sido dictada en protección de intereses del Estado o de particulares, especialmente cuando con ello se impide un aporte a la confrontación ideas, y a la formación de la opinión pública, protegido por el derecho a la libertad de opinión.[256] 140

Por el contrario, resultan menos gravosas las afectaciones a la libertad de opinión que sólo se refieren a la forma en que fue emitida la opinión. Generalmente, las opiniones pueden ser expresadas de diferentes formas, sin que se pierda la idea. Pero, no es posible sustituir una idea, sin que con ello se produzca una pérdida de sustancia.[257] 141

El desconocimiento del significado y alcance del derecho a la libertad de opinión puede consistir un el error en la determinación y valoración de la opinión. La influencia del derecho a la libertad de opinión exige que el juez no interprete el contenido de la opinión, con un sentido que no se corresponde con el que deriva objetivamente del significado literal, o cuando en caso de varios significados, el juez se base en el que constituye una infracción, sin un motivo razonable.[258] Los parámetros utilizados por el juez de instancia para realizar la interpretación de lo expresado pueden ser objeto de control de constitucionalidad, siempre que produzca una influencia en el proceso de formación de la opinión pública.[259] 142

El error en la interpretación de lo expresado, que le atribuye un sentido distinto al significado literal, puede constituir una afectación de elevada intensidad, que excede la afectación de la esfera de personalidad del individuo. Con ello pueden 143

---

255 Tröndle, Das BVerfG und sein Umfang mit dem "einfachen Recht", pág. 260
256 BVerfGE 42, 143/149 – Deutschland-Magazin
257 BVerfGE 42, 143/149 – Deutschland-Magazin
258 BVerfGE 82, 272/280 – Postmortale Schmähkritik
259 BVerfGE 43, 130/137 – Flugblatt

producirse efectos negativos sobre el ejercicio de la libertad de opinión de considerable gravedad, en razón de su efecto intimidatorio, que lesionaría la sustancia de la libertad de opinión, de información y de formación libre de la opinión pública.[260] Ejemplo de ello sería el efecto intimidatorio sobre el organizador de una reunión, que se abstendría de hacer una llamado público en un ambiente de confrontación, debido al temor de que le sean imputables los actos violentos producidos en la misma [*véase al respecto, párr. 310*].[261]

144 También constituiría un error constitucionalmente relevante, que daría lugar a la nulidad de la decisión, en la medida en que la misma hubiera sido esencial, la consideración del tribunal de una opinión como una injuria formal o de una crítica injuriosa.[262]

145 Además se desconoce el significado y alcance de la libertad de opinión cuando se califica erróneamente un juicio de valor, como una información, con el resultado de aplicar parámetros de valoración que conllevarían a negar la importancia del ejercicio del derecho.[263] Las sentencias que equivocan el sentido de la expresión y que basan en ello su evaluación jurídica infringen el derecho a la libertad de opinión. Esto también se aplica cuando el tribunal basa una condena en una expresión con varios posibles significados, sin descartar antes los restantes sentidos posibles de lo expresado.[264]

146 Tales criterios han sido objeto de objeciones en la doctrina, en el sentido que se trata de una intervención en la competencia del juez de los hechos, en la determinación del sentido de lo expresado, que no podría ser justificada, por la afectación intensiva del derecho fundamental por parte de la sanción penal.[265]

---

260 BVerfGE 43, 130/136 – Flugblatt; BVerfGE 93, 266/295 – Soldaten sind Mörder

261 BVerfGE 82, 236/268 – Schubart

262 BVerfGE 93, 266/294 – Soldaten sind Mörder

263 BVerfGE 82, 272/280 – Postmortale Schmähkritik

264 BVerfGE 93, 266/295 – Soldaten sind Mörder

265 Con más referencias, Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 14; Schmitt Glaeser, Meinungsfreiheit, Ehrenschutz und Toleranzgebot, pág. 874

En procesos en que se alega la infracción de la libertad artística, no es tarea del Tribunal Federal Constitucional revisar si las decisiones de los tribunales de instancia son *"correctas"* desde el punto de vista legal. Los límites de sus facultades de intervención siempre han sido establecidos de acuerdo con la intensidad en que la decisión judicial afecte la esfera de la parte que hubiera sido condenada. Por ello ha sometido a un estricto control las sanciones penales impuestas por conductas, en las que el afectado hace valer la libertad de opinión o la libertad artística. El tribunal no se ha limitado a la evaluación tradicional, relativa a si la decisión se basó en una errónea concepción del significado y alcance del derecho fundamental en juego, sino que también ha revisado la interpretación de la norma legal, en sus detalles, para establecer la conformidad con el derecho fundamental.[266] En cuanto al control de constitucionalidad de los elementos del tipo, *véase párr. 237* 147

Incluso es admisible que el Tribunal Federal Constitucional determine por sí mismo los elementos de juicio, como por ejemplo, mediante la audiencia de expertos, para establecer una base sólida del análisis de constitucionalidad;[267] así como, elementos de hecho y de aplicación jurídica, en toda su extensión.[268] En el caso de delitos cuya realización se produce a través de expresiones, sólo puede ser garantizada la protección constitucional, cuando la determinación y la valoración de la expresión también son objeto de control, a la luz del derecho constitucional afectado. [269] 148

266 BVerfGE 75, 369/376 Strauß-Karikatur

267 BVerfGE 35, 202/219 – Lebach

268 BVerfGE 82, 272/280 – Postmortale Schmähkritik

269 BVerfGE 82, 236/259 – Schubart, en la cual resulta controvertido si el control de constitucionalidad de la determinación y valoración de hechos sólo puede ser realizado en el caso de un texto escrito, si también es aplicable a un contenido expresado en forma verbal.

8 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

149 La limitación de los derechos fundamentales es objeto de control, en base al principio de proporcionalidad. Esto supone que la limitación debe ser idónea para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos en juego. Debe ser necesaria, esto es, que existía otra alternativa menos gravosa. Finalmente debe ser proporcional, esto es, debe encontrarse en una relación adecuada, con respecto a la importancia del derecho fundamental objeto de limitación.[270]

8.1 El principio de idoneidad

150 *Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (idoneidad)*
El § 130 aparte 4 del Código Penal dispone lo siguiente:
(4) Con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa es castigado quien públicamente o en una reunión, de manera que afecte la dignidad de las víctimas, perturbe la paz pública, al aprobar, exaltar o justificar el régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo

151 De acuerdo con el principio de idoneidad, la justificación no abarca el uso de un medio que resulta evidentemente ineficaz para alcanzar el fin previsto. El principio de idoneidad constituye un mecanismo destinado a detectar y excluir medios que no son eficaces para brindar protección al bien jurídico que sirve de justificación a la limitación. En todo caso, el juez constitucional, debe reconocer un cierto margen de evaluación del legislador. Sólo pueden ser excluidas medidas que objetivamente equivocan los efectos. Los mismos principios son

270 BVerfGE 67, 157/173 – G 10

aplicables a la revisión constitucional de la idoneidad de las leyes penales.[271]

Incluso cuando, a causa del principio de determinabilidad de la ley, exista la posibilidad de que se evada la punibilidad, no puede declararse la falta idoneidad general de la norma, siempre que la misma cumpla con su finalidad, por lo menos, en los casos restantes. Una posición distinta supondría que la limitación del derecho a la libertad de opinión resulte contraria a la Constitución por limitar en menor medida que otra alternativa idónea. La objeción estaría referida a un "*exceso*" de libertad, cuya determinación no puede ser la tarea del Tribunal Federal Constitucional.[272] 152

El Tribunal Federal Constitucional se pronunció acerca de la idoneidad del § 353 d, aparte 3 del Código Penal, el cual establecía como punible la publicación "textual" de un escrito de demanda o de otro documento de un expediente penal, de un procedimiento de multa o disciplinario, hasta que hubiera concluido la audiencia pública o el procedimiento. Señaló que la publicación textual supone un mayor peligro para la imparcialidad de los participantes en el procedimiento y para los afectados, en comparación con un informe no textual. La reproducción textual se caracteriza por una mayor fuerza de convicción y de prueba y ostenta la impresión de una autenticidad oficial, mientras que en el informe de un tercero no puede descartarse del todo que no sea exaustivo o competamente correcto. Dado que la norma no resulta desde todo punto de vista inneficaz para la protección de los bienes jurídicos, no es relevante desde el punto de vista constitucional, que la protección sólo tenga un alcance limitado desde el punto de vista material y temporal, y que no necesariamente cubra los peligros más graves de la actividad informativa.[273] 153

Esquema del Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (idoneidad) 154
El Tribunal Federal Constitucional ha establecido que el § 130 párr. 4 del Código Penal, el cual define como delito la aprobación, exaltación o justificación de la tiranía y el despotismo nacionalsocialista, no es contrario al principio de idoneidad. La apreciación del legislador, según la cual, la aprobación del régimen de tiranía y despotismo de aquél tiempo, podría afectar la paz pública, constituiría una apreciación constitucionalmente adecuada.[274]
El § 130 párr. 4 del Código Penal define como delito la aprobación, exaltación o justificación

271 BVerfG · Urteil vom 3. Dezember 1985 · Az. 1 BvL 15/84, Abs. 48
272 BVerfG · Urteil vom 3. Dezember 1985 · Az. 1 BvL 15/84, Abs. 53
273 BVerfG · Urteil vom 3. Dezember 1985 · Az. 1 BvL 15/84, Abs. 50
274 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

de la tiranía y el despotismo nacionalsocialista. Se castiga con ello no la aprobación de ideas sino de crímenes reales, que ocurrieron en una situación irrepetible y difícilmente superable en cuanto al desprecio por la humanidad. La ley se dirige en contra de la evocación y aprobación de las atrocidades de un régimen, que procuró el exterminio de grupos de la población y que ha quedado gravado en la conciencia contemporánea como una imagen de horror y de inmensa brutalidad. La apreciación del legislador, según la cual, la aprobación del régimen de tiranía y despotismo de aquél tiempo, es actualmente apreciada como una agresión y una afectación de quienes resultan de nuevo cuestionados en su valor y en sus derechos y que en vista de la realidad histórica se plantea algo más que una simple confrontación con una ideología que es hostil a la democracia y a las libertades, constituye una apreciación constitucionalmente adecuada. Después de todo, se trata de más que una simple relativización ideológica chocante de la prohibición de la violencia. Por el contrario, el anuncio de una valoración positiva de ese régimen injusto desencadena por un lado, la resistencia a ella o genera intimidación y por otro lado tiene un efecto de desinhibición en los partidarios, destinatarios de tales convicciones.[275]
En relación con el régimen histórico de la tiranía y el despotismo nacionalsocialista, los elementos constitutivos de la aprobación, exaltación y justificación presentan una intensidad suficiente para poner en peligro el carácter pacífico del debate político. La disposición no penaliza una banalización del nacionalsocialismo como ideología o una interpretación chocante de la historia de aquél tiempo, sino la expresión de la aprobación del régimen de la tiranía y el despotismo histórico real, tal como se puso en marcha bajo el nacionalsocialismo. Dejando de lado el elemento adicional utilizado por el legislador, de la lesión de la dignidad de las víctimas, se plantea una disposición idónea para la protección de la paz pública en el sentido de la tranquilidad. La disposición ha sido configurada por la valoración legislativa de manera similar como el § 140 del Código Penal, que establece como punible la recompensa y aprobación de determinados delitos, que han sido cometidos efectivamente y que resultan especialmente graves.[276]
En cuanto a la idoneidad de la prohibición de las declaraciones realizadas en reuniones privadas, *véase párr. 368*
En la medida en que en casos concretos no resulte idónea, puede ser utilizado el criterio adicional de perturbación la paz pública, como un correctivo.[277] En tales casos no se trata de un elemento del tipo que sirva de fundamento a la sanción penal, sino más bien de una *"fórmula de valoración para descartar los casos no punibles."*[278]

275 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*
276 BVerfGE 124, 300/336 – Homenaje a *Rudolf Heß*
277 BVerfGE 124, 300/336 – Homenaje a *Rudolf Heß*
278 BVerfGE 124, 300/339 – Homenaje a *Rudolf Heß*

8.2 El principio de necesidad

Caso: Arroz inflado 155
Con la finalidad de evitar que los consumidores incurran en error al adquirir ciertos productos, una Ordenanza prohibió la venta de dulces que combinaran cacao y arroz inflado.

Ante la posibilidad de escoger entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse aquél que cause menor perjuicio al interés en conflicto. El legislador debe procurar establecer medias que limiten en menor medida el ejercicio del derecho fundamental. El nivel próximo de limitación puede ser utilizado cuando el nivel anterior no ofrezca protección suficiente.[279] 156

El principio de necesidad permite evaluar el medio empleado para proteger un determinado bien jurídico. El derecho de libertad impide que el legislador utilice mecanismos que resulten objetivamente innecesarios. 157

Una interpretación del § 185 del Código Penal que extienda el concepto de injuría, a tal punto que exceda la necesidad de proteción del honor o de las instituciones, o que no permita tomar en consideración el derecho a la libertad de opinión, sería contraria al art. 5 aparte 1 frase 1 de la Ley Fundamental.[280] 158

Esquema del Caso: Arroz inflado 159
La protección del consumidor (P_2) es el bien jurídico que sirve de justificación a la limitación de la libertad económica (P_1). La prohibición de venta (M_1) es una medida idónea para brindar protección al consumidor. Pero existen medidas alternativas que afectan menos la libertad. Una de ellas sería la obligación de indicar en la etiqueta del producto, cuáles son sus ingredientes (M_2). (M_2) es igualmente idónea para brindar protección a (P_2) pero afecta en menor medida a (P_1).

279 BVerfGE 7, 377/378
280 BVerfGE 93, 266/292 – Soldaten sind Mörder

8.3 El principio de proporcionalidad

160 El principio de proporcionalidad puede ser formulado en los términos siguientes: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.[281] Para llevar a cabo la ponderación entre las normas en conflicto debemos tomar en consideración que no hay relaciones absolutas de prevalencia.[282] Esto significa que en el catálogo de los derechos fundamentales no existen unas normas que siempre merezcan mayor protección que otras. En palabras del Tribunal Constitucional alemán, *"ninguno de esos intereses goza* sin más *de un rango preferente frente al otro"*[283] Se trata, en todo caso, de relaciones condicionadas de preferencia. El principio P_1 tiene un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2, bajo las condiciones C, dadas en un caso concreto.[284]

161 La valoración de derechos fundamentales se realiza a partir del impacto que ese ámbito de protección es capaz de producir sobre quien es su titular. En algunos casos es útil el uso del principio de dignidad humana, como parámetro o núcleo de todo derecho fundamental. En otros casos, es determinante el impacto que el ejercicio de un derecho puede producir en una colectividad. Tal es el caso, por ejemplo de los derechos que son considerados *"constitutivos de una democracia"*, como los que aportan elementos a la formación de una opinión pública (libertad de opinión, de información, de prensa, de reunión, etc.).

162 También puede ser considerado relevante para establecer el valor de un bien jurídico, si se trata de una situación extrema, en la cual la realización del bien jurídico opuesto acarrearía la total anulación del otro interés en conflicto. Por otra parte, puede ser objeto de valoración la intención de causar un daño a otro.

---

[281] Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, pág. 161
[282] BVerfGE 51, 324/345. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, pág. 92
[283] Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, pág. 92
[284] Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, pág. 93

Los derechos fundamentales no sólo pueden entrar en conflicto con derechos de otros individuos sino también con normas constitucionales de otro tipo. *"… una vida social ordenada no sólo supone la consideración recíproca de los ciudadanos, sino además un orden estatal funcional, a través del cual es posible asegurar a su vez la efectividad de la protección de los derechos fundamentales."*[285] 163

Recordemos que no es posible establecer valores métricos, en el sentido de cuantificar el valor de cada uno de los bienes jurídicos en conflicto. Es suficiente, para resolver el problema de la ponderación, establecer un juicio de valor comparativo.[286] Para ello, *Hesse* alude al principio de la concordancia práctica: *"Los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente deben ser coordenados entre sí de tal forma en la solución del problema, que cada uno de ellos pueda ser realizado (…) a ambos bienes jurídicos deben serles impuestos límites, con el objeto que ambos puedan alcanzar* una *realización óptima"*[287] 164

En todo caso, consideramos que no debe confundirse la idea del equilibrio, con una solución que siempre busque el punto medio. Como se señaló anteriormente, sólo a través de la interpretación de la norma puede establecerse si la conducta es o no merecedora de una protección especialmente elevada, acaso por sus consecuencias dañinas, su potencial peligroso, etc. Este resultado es el que configura el contenido del principio de optimización y puede influir tanto en forma positiva como negativa en el resultado de la ponderación. La circunstancia de si ambos bienes jurídicos en conflicto pueden desenvolverse hasta un punto intermedio, o sí, y en qué medida, debe retroceder uno de ellos, constituye el objeto de la ponderación.[288] En tal medida, el equilibrio no constituye una categoría independiente, sino sólo uno de los posibles resultados, en el cual ambos bienes pueden desenvolverse. Ciertamente que en general puede tenerse como una meta del principio de optimización lograr *„un* 165

285 BVerfGE 81, 278/292

286 Al respecto, Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, pág. 142 y sig.

287 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 72

288 Bethge, Die Freiheit des privaten Rundfunks, pág. 681

equilibrio proporcional de los intereses contrarios, igualmente protegidos constitucionalmente", pero, en el caso concreto, tal principio puede encontrarse gravado por un contenido negativo de uno de los intereses en conflicto. La circunstancia de si ello conduce a la prohibición de la conducta depende además del contenido del interés contrario. Incluso en el caso de un elevado valor inicial se puede obtener como resultado la prohibición de la conducta en cuestión.

166 Sólo a través de la interpretación de la norma puede establecerse si la conducta es o no merecedora de una protección especialmente elevada, acaso por sus consecuencias dañinas, su potencial peligroso, etc. Este resultado puede influir tanto en forma positiva como negativa en el resultado de la ponderación. La circunstancia de si ambos bienes jurídicos en conflicto pueden desenvolverse hasta un punto intermedio, o sí, y en qué medida, debe retroceder uno de ellos, constituye el objeto de la ponderación.

9 ELEMENTOS PARA LA VALORACIÓN

9.1 El interés público

La libertad de opinión puede prevalecer frente a la protección del honor y reputación, cuando constituye una participación en un debate público sobre asuntos social o políticamente relevantes. Cuando la reputación de instituciones del Estado entra en conflicto con la libertad de opinión, debe reconocerse a ésta últma una especial importancia, por cuanto tal derecho fundamental es precisamente, el resultado de la necesidad de protección especial de la crítica del poder y deriva de allí su valor.[289] 167

La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha desarrollado una presunción en favor de la libertad de opinión, en asuntos que atañen al interés público.[290] Con tal presunción no se establece, en todo caso, una prevalencia absoluta de la libertad de opinión, sino que se requiere de una justificación especial y de elevadas condiciones para asumir una limitación de la libertad en estos asuntos.[291] A través de la ponderación puede producirse un resultado distinto de la prevalencia de la libertad de opinión.[292] 168

289 BVerfGE 93, 266/292 – Soldaten sind Mörder; BVerfG · Beschluss vom 29. Juli 1998 · Az. 1 BvR 287/93, Abs. 44; BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07, Abs. 36

290 BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; jurisprudencia reiterada, BVerfGE 82, 236/259 – Schubart; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, Abs. 18. Críticos de la presunción en favor de la libertad de expresión, Tröndle, Das BVerfG und sein Umfang mit dem "einfachen Recht", pág. 266; Kiesel, Die Liquidierung des Ehrenschutzes durch das BVerfG, pág. 1130; Kriele, Ehrenschutz und Meinungsfreiheit, pág. 1897; Kübler, Ehrenschutz, Selbstbestimmung und Demokratie, pág. 1281; Harro, Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, pág. 575; Schmitt Glaeser, Meinungsfreiheit, Ehrenschutz und Toleranzgebot, pág. 875

291 Beschluss vom 24. Mai 2006 – 1 BvR 984/02, Abs. 23

292 Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,

Las disposiciones que establecen limitaciones a la libertad de opinión, deben ser interpretadas restrictivamente, a la luz del significado de ese derecho fundamental en el Estado liberal democrático.[293] Para esa interpretación es determinante sobre todo, la finalidad de la expresión de la opinión. En la medida en que el derecho fundamental no es empleado con el objeto de llevar a cabo una controversia privada, sino que constituye un aporte a la formación de la opinión pública; entonces los efectos de lo expresado sobre terceros sólo constituyen una consecuencia colateral inevitable, pero no es la verdadera finalidad de la expresión. La protección de los bienes jurídicos afectados puede y debe retroceder, en la medida en que no se trata de la persecusión de fines egoístas en materia financiera o privada, sino que constituye un aporte a la controversia de ideas, en un asunto que afecta la esencia de la opinión pública, mediante la presunción en favor de la admisibilidad de la libre expresión del pensamiento. De lo contrario se afectaría el núcleo de la libertad de opinión, que es presupuesto de un proceso político libre y abierto.[294]

169 En el caso de controversias en una campaña electoral, se trata de una situación en la que la lucha de opiniones se encuentra en su nivel de mayor intensidad. En tales controversias, la protección constitucional de los partidos políticos sirve para reforzar la presunción de la admisibilidad de la libre opinión, por lo que sólo en casos extremos podría limitarse la expresión de la opinión.[295]

9.2 La utilidad privada

170 La presunción general de prevalencia o el especialmente elevado rango de expresiones referidas a asuntos políticos o públicos, frente a expresiones que

---

pág. 1698

293 BVerfGE 61, 1/10 – Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'

294 BVerfGE 61, 1/11 – Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'; BVerfG · Urteil vom 12. Mai 2009 · 1 BvR 2272/04, Abs. 40

295 BVerfGE 61, 1/11 – Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'

tienen otro carácter no se encuentra libre de críticas. Sería problemática la concepción funcional-democrática de la libertad de opinión, en razón de que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la actuación del individuo en el ámbito político no tiene mayor valor que la actuación políticamente indiferente.[296] En todo caso, aún cuando la elevada valoración de los asuntos políticos o públicos, pueda ser considerada un criterio inadecuado, sin embargo, la ponderación no puede dejar de tomar en consideración todos los elementos que *"enriquecen"* la libertad individual, desde el punto de vista de su función y su finalidad objetiva e institucional.[297]

171 También resulta controvertido, que el ejercicio de la libertad de opinión con fines económicos reciba una menor valoración que la expresión de opiniones relacionadas con la opinión pública.[298]

9.3 Expresiones denigrantes

172 En caso de expresiones denigrantes, que se presenten como difamación o injuria, la libertad de opinión cede ante la protección del honor. Sin embargo, debido a su efecto limitante de la libertad de opinión, el Tribunal Federal Constitucional ha desarrollado una definición estricta de las expresiones denigrantes. [299]

173 La protección de la personalidad prevalece regularmente sobre la libertad de opinión cuando la afirmación se presenta como una agresión a la dignidad humana, como una crítica denigrante o como una injuria de carácter formal. En el caso de aseveraciones sobre hechos, la ponderación depende de en qué medida su contenido es verdadero. Las afirmaciones verdaderas, por regla general, deben ser aceptadas, aun cuando sean desventajosas para el implicado;

---

296 Con más referencias, Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 2
297 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 2
298 Wendt, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 5, párr. 2
299 BVerfG · Urteil vom 12. Mai 2009 · 1 BvR 2272/04, Abs. 40

no ocurre lo mismo con las que no son ciertas.[300]

9.4 Expresiones falsas

174 Esta fórmula, sin embargo, requiere de una diferenciación. En el caso de afirmaciones ciertas, los intereses de la personalidad pueden excepcionalmente tener primacía sobre la libertad de opinión, la cual pasaría a un segundo plano. Este caso se presenta especialmente cuando las afirmaciones se relacionan con la esfera íntima, privada o de la confidencialidad, y no se pueden justificar con base en el interés de información pública, o cuando amenazan con ocasionar perjuicios a la personalidad, que no guardan proporción con respecto al interés de difundir la verdad.[301]

175 Por el contrario, para la difusión de falsas afirmaciones sobre hechos, no existe, por lo general, un motivo que lo justifique. Las afirmaciones realizadas a sabiendas de que son falsas, así como aquéllas cuya falsedad ya había sido establecida sin lugar a dudas al momento de realizarse la afirmación, se encuentran fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión. Las restantes afirmaciones sobre hechos, relacionadas con la libertad de opinión, gozan de protección del derecho fundamental, aun cuando posteriormente resulte que son falsas.[302]

176 En principio, es determinante de la ponderación la cuestión de en qué medida es verdadero el contenido de lo afirmado. En los casos de afirmaciones de hecho falsas, la libertad de opinión retrocede frente al derecho a la personalidad. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la veracidad ordinariamente se desconoce al momento de la afirmación, y que ella se obtiene, por lo general, como resultado de un proceso de discusión o también de una aclaración judicial. Si en

---

300 BVerfGE 99, 185/196 – Scientology
301 BVerfGE 99, 185/196 – Scientology
302 BVerfGE 99, 185/197 – Scientology

todos los casos en que una afirmación que con posterioridad se demuestra ser falsa, pudiera estar siempre amenazada con una sanción, entonces habría que temer un deterioro del proceso de comunicación, pues ello tendría por consecuencia que únicamente pudieran ser expresadas sin riesgo verdades irrefutables. Con ello se vincularía un efecto disuasorio al ejercicio de un derecho fundamental, lo cual debe ser evitado en aras de la libertad de opinión.[303]

9.5 El deber de veracidad

La jurisprudencia de los tribunales civiles ha intentado lograr un equilibrio entre los requisitos de la libertad de opinión y el interés de la protección de la personalidad; imponiendo un deber de diligencia y cuidado a quien realiza una afirmación perjudicial a otra, los cuales se dirigen específicamente a las posibilidades que tiene el emisor de conocer la verdad de sus afirmaciones. Estos deberes son más estrictos para los medios de comunicación que para los particulares. Tales deberes pueden ser considerados como una manifestación del deber de protección derivado del derecho general de la personalidad. En todo caso, la Constitución exige que los requisitos que se impongan al deber de veracidad no resulten tan estrictos, que impidan el libre proceso de comunicación.[304] 177

La ponderación depende del acatamiento de este deber de diligencia. En caso de una aseveración completamente inconsistente o infundada, la libertad de opinión no podrá prevalecer frente al derecho a la personalidad. Por lo demás, habrá que atender al alcance de los deberes de cuidado, que han sido desarrollados en consonancia con las exigencias impuestas por la Constitución. Si el emisor cumple con dichos deberes y posteriormente se descubre la falsedad 178

303 BVerfGE 99, 185/197 – Scientology
304 BVerfGE 99, 185/197 – Scientology

de la afirmación, se considerará que ésta fue legal en el momento de su exteriorización, de modo que no se considerará la posibilidad de una penalización ni de una retractación o de una compensación por daños. En cambio, no existe ningún interés legítimo para sostener una afirmación una vez que se haya comprobado la falsedad de la misma. Si a pesar de ello existe el peligro de que la persona se sostenga en su afirmación (el llamado *"peligro de que la conducta se cometa por primera vez"* [*Erstbegehungsgefahr*]), puede condenarse al emisor a abstenerse de seguir emitiendo dicha afirmación. Si la injerencia causada por el emisor persiste, la parte afectada podrá exigir una rectificación.[305]

9.6 La legítima defensa del honor

179 La libertad de opinión puede prevalecer frente a la protección del honor y reputación, cuando el afectado ha dado lugar a la opinión, o cuando se emplea como medio de defensa frente a una agresión.[306] Por otra parte, en caso de una agresión previa al honor de una persona, puede encontrarse justificada la reacción correspondiente. Quien ha dado lugar a una expresión ofensiva, debe tolerar una reacción gravosa, incluso cuando la misma afecte su honor.[307]

---

305 BVerfGE 99, 185/198 – Scientology

306 BVerfGE 93, 266/292 – Soldaten sind Mörder; BVerfG · Beschluss vom 29. Juli 1998 · Az. 1 BvR 287/93, Abs. 44; BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07, Abs. 36

307 BVerfG, 10.03.2016 – 1 BvR 2844/13, Abs. 25

10 EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

La Ley Fundamental carece de una norma que consagre un principio de reserva legal general, sino que el mismo se considera implícito en la consagración de los principios de democracia, Estado de derecho y de separación de poderes.[308] Especialmente, el principio de sujeción a la ley y el derecho de los poderes ejecutivo y judicial, perdería todo sentido si la propia Constitución no estableciera la exigencia de que la actuación del Estado en determinados ámbitos fundamentales, sólo pudiera realizarse cuando se encuentre legitimado a través de una ley formal.[309] 180

Por el contrario, la Ley Fundamental establece la vigencia del principio de reserva legal en ámbitos específicos, tales como, el de la limitación de derechos de libertad (art. 19 I); la habilitación legislativa para dictar reglamentos (art. 80) y, las previsiones de los derechos fundamentales, que aluden a la garantía, según la cual sólo pueden ser objeto de limitación mediante o en base a una ley, especialmente, la referida al derecho a la libertad personal, o principio de legalidad penal (art. 104 I). 181

10.1 El principio de separación de poderes

La división de poderes es un principio estructural de organización y funcionamiento. La Ley Fundamental pretende establecer una división política del poder; una interacción de los tres poderes y la moderación de la conducción del Estado, que deriva de estos factores. El principio de división de poderes no se encuentra sin embargo, en una forma pura, en el nivel federal. De la estructura 182

308 Espinoza, Derecho Constitucional en Alemania y Austria, párr. 125
309 BVerfGE 40, 237/245 – Justizverwaltungsakt

constitucional no se desprende una separación absoluta, sino control recíproco, freno y moderación de los poderes.[310]

183 Aún cuando el sentido de la división de poderes no reside en la separación estricta de las funciones, sin embargo, por otra parte, debe mantenerse la distribución del peso entre los tres poderes, de acuerdo a lo preestablecido constitucionalmente. Ninguno de los poderes puede recibir un predominio sobre los demás, que no estuviera previsto constitucionalmente. A ninguno de los poderes puede extraerse las competencias que le han sido atribuidas para el ejercicio de sus funciones constitucionales. El nucleo esencial de los distintos poderes es intangible. Con ello se excluye que uno de los poderes pueda renunciar a las tareas típicas que le corresponden de acuerdo con la Constitución.[311]

184 En el marco de las relaciones entre el poder legislativo y ejecutivo, esto significa que, en el sistema liberal democrático de la Ley Fundamental, le corresponde al legislador la tarea constitucional de establecer las normas. Sólo el parlamento, como poder legislativo, tiene la legitimación democrática para fijar las directrices políticas. Si bien la Ley Fundamental permite un *"poder derivado"* del ejecutivo en la fijación de normas, sin embargo, el poder normativo del ejecutivo debe desenvolverse sólo en el marco limitado establecido por el legislador. El parlamento no puede eximirse de su responsabilidad como órgano legislativo, mediante la transferencia de su poder de legislar al ejecutivo, sin que al mismo tiempo fije los límites de tales competencias transferidas. Si el legislador no cumple suficientemente su responsabilidad, entonces se descompensa el balance de los poderes presupuesto por la Ley Fundamental. Una tranferencia general del poder de legislar al ejecutivo sería incompatible con el principio de división de poderes.[312]

---

310 BVerfGE 34, 52/59 – Hessisches Richtergesetz
311 BVerfGE 34, 52/59 – Hessisches Richtergesetz
312 BVerfGE 34, 52/59 – Hessisches Richtergesetz

10.2 La reserva legal en el derecho penal[313]

El principio de reserva legal general es manifestación de la separación de Poderes, del principio del Estado democrático[314] y liberal de derecho. En el derecho penal, deben ser tomados en consideración, adicionalmente, los principios de prevención general y de culpabilidad, así como el principio de fragmentariedad. La posibilidad del individuo de conocer con anterioridad al hecho la existencia de una prohibición y la amenaza penal también guarda relación con el principio de dignidad humana.[315] 185

10.2.1 *Las normas de la Parte General*

La prohibición de analogía comprende en primer lugar los tipos penales de la parte especial y las conminaciones de pena o penas abstractas previstas, aunque éstas se encuentren excepcionalmente en la parte general.[316] 186

Los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, tales como las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, pueden ser determinados por la jurisprudencia o por la costumbre, aunque vayan en perjuicio del autor.[317] 187

10.2.2 *Aplicación in malam partem*

El carácter de garantía individual de libertad también es relevante para 188

313 Basado en: Espinoza, La reserva legal en el derecho penal y los derechos fundamentales

314 BVerfGE 40, 237/249 – Justizverwaltungsakt; Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, pág. 21

315 Krivec, Von Versailles nach Rom, pág. 14; BVerfGE 95, 96/130 – Guardianes del Muro

316 Roxin, Derecho Penal Tomo I, pág. 156

317 Roxin, Loc. Cit., pág. 159; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, pág. 15

establecer el ámbito de protección del principio de legalidad. Dado que se trata de la protección del individuo frente a una penalización no previsible, ello supone que sólo es aplicable cuando la disposición afecta desfavorablemente al individuo,[318] mientras que siempre es admisible la interpretación analógica, incluso a través de una reducción teleológica del tipo penal, así como la costumbre, cuando resulta más favorable al reo.[319]

10.2.3 *Derechos fundamentales como causas de justificación*

189 Estimamos que el ejercicio de los derechos fundamentales constituye una causa de justificación en el derecho penal,[320] aún cuando sus efectos irradiantes también pueden irrumpir en el derecho penal, a través de la interpretación de los elementos del tipo.[321] El parágrafo 193 del Código Penal establece que el ejercicio de intereses legítimos puede justificar la afectación del bien jurídico del honor de otra persona. Tal disposición es considerada una causa de justificación.[322] Ello implica que, la aplicabilidad de la norma depende de la ponderación entre los intereses en conflicto del autor y el ofendido, y que el autor del hecho no puede hacer valer tal disposición cuando la valoración de sus intereses no prevalezca frente a los del ofendido.[323]

190 El tema es relevante también en cuanto al principio de legalidad, en razón de que no sería necesaria una norma legal expresa para que el juez penal se encuentre obligado a ponderar la importancia de la conducta protegida por un derecho fundamental, como una circunstancia que eventualmente excluya la

---

318 Eser/Burkhardt, Strafrecht 1, pág. 19

319 Bott/Krell, Der Grundsatz „nulla poena sine lege“, pág. 694; Schenke, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, pág. 189

320 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), Vor §32, párr. 28

321 BVerfGE 82, 236/266 – Schubart

322 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §193, párr. 1

323 En este sentido la jurisprudencia reiterada de la Corte Federal desde BGHSt 18, 182 (Sent. del 15.01.1963, Exp. 1 StR 478/62)

antijuridicidad.

10.2.4 *La costumbre y los precedentes judiciales (lex scripta)*

Si bien el derecho consuetudinario ya no desempeña hoy papel alguno, sin embargo el llamado *"derecho judicial"* creado por los denominados *"precedentes"* tiene tal importancia, que podría conseguir el grado de validez del derecho consuetudinario.[324] Tales precedentes no tienen sin embargo, carácter vinculante. Por el contrario, el juez debe decidir en forma independiente, según su convicción, si la interpretación expresada en el precedente se encuentra o no fundada en el derecho vigente. De lo contrario estaría obligado a apartarse de tal precedente.[325] Ello deriva del principio de autonomía e independencia de los jueces, quienes sólo deben obediencia a la ley y al derecho. 191

En la práctica, sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de derecho consuetudinario, puesto que en derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales.[326] 192

10.2.5 *La determinabilidad de la ley (*lex certa*)*

Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (lex certa) 193
El § 130 aparte 4 del Código Penal dispone lo siguiente:
(4) Con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa es castigado quien públicamente o en una reunión, de manera que afecte la dignidad de las víctimas, perturbe la paz pública, al aprobar, exaltar o justificar el régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo
En criterio de los recurrentes, la norma transcrita infringe el principio de determinabilidad, previsto en el art. 103 aparte 2 de la Ley Fundamental, en razón de que las conductas

---

324 Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, pág. 354
325 Larenz, Loc. Cit., pág. 430
326 Roxin, Loc. Cit., pág. 160

"*aprobación, exaltación o justificación",* así como el elemento del tipo *paz pública*, no serían lo suficientemente determinados.

194 El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha señalado reiteradamente que el principio de legalidad penal obliga al legislador a describir con precisión los presupuestos para la punibilidad de la conducta.[327] La ley debe determinar la extensión y el ámbito de aplicación del tipo penal o, por lo menos, los mismos deben ser determinables mediante interpretación. [328] El grado de determinabilidad y densidad de la ley depende de la gravedad de la sanción. El legislador debe determinar las condiciones de punibilidad con mayor precisión, en la medida en que la sanción sea más grave.[329]

195 El principio de legalidad garantiza que en el ámbito del derecho penal, en atención al amplio alcance de sus consecuencias, sea únicamente el legislador quien decida –de manera general y abstracta– sobre la punibilidad de una conducta. El principio de determinabilidad constituye, una orden dirigida al legislador penal para actuar, y al mismo tiempo una orden dirigida al juez penal de abstenerse de actuar. Por estos motivos, el principio de legalidad prohíbe también al juez penal corregir por propia iniciativa una ley indeterminada.[330]

196 No se encuentra excluido del derecho penal, el uso de conceptos jurídicos que requieren una interpretación más precisa. Más bien, resulta suficiente que su sentido pueda ser determinado a través de los métodos tradicionales de interpretación y que en casos extremos, el destinatario de la norma por lo menos pueda reconocer el riesgo de la imposición de una sanción.[331] En casos extemos, por lo menos debe ser reconocible el riesgo de la penalización.[332] Ello puede

---

327 BVerfGE 105, 135/152; BVerfGE 92, 1/11 – Bloqueos sentados II
328 BVerfGE 105, 135/152; BVerfGE 92, 1/11 – Bloqueos sentados II
329 BVerfGE 14, 245/251; BVerfGE 26, 41/43
330 BVerfGE 105, 135/153
331 BVerfGE 85, 69/73 – Manifestaciones públicas urgentes
332 BVerfGE 87, 209/224 - Tanz der Teufel

depender del grupo de personas a que se encuentra destinada la norma. Si los destinatarios son exclusivamente pesonas que, en virtud de su capacitación profesional o experiencia práctica, disponen de conocimiento acerca de los conceptos indeterminados contenidos en la ley penal, entonces la ley sería compatible con el principio de determinabilidad.[333]

El Tribunal Federal constitucional se ha pronunciado con respecto a la determinabilidad del § 185 del Código Penal, señalando que si bien, a diferencia de otros tipos penales, tal disposición sólo menciona el concepto de *"injuria",* pero no lo define, sin embargo, ello no resulta contrario al principio establecido en el art. 103 aparte 2 de la Ley Fundamental. Si bien, bajo la vigencia de la Ley Fundamental, tal disposición debería ser considera insuficiente, sin embargo, la noción de injuria ha recibido un contenido suficientemente claro, a través de cientos de años de jurisprudencia, la cual ofrece un contenido lo suficientemente claro para los tribunales y deja claro a los destinatarios de la norma, cuándo pueden contar con una condena por el delito de injuria.[334] 197

Esquema del Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (lex certa) 198
El uso por parte del legislador de elementos del tipo, tales como la *"paz pública"* es problemático desde el punto de vista constitucional. Se trata de un concepto abierto en varios sentidos, que se refiere a una sensación colectiva subjetiva, de difícil precisión. Sin embargo, es admisible que el legislador describa en forma concreta, a través de otros elementos del tipo, cuál es la conducta que resulta punible por la alteración de la *"paz pública"*. En tales casos, la *"paz pública"* constituye un elemento adicional, que tiene una función correctiva. En tales casos no se trata de un elemento del tipo que sirva de fundamento a la sanción penal, sino más bien de una *"fórmula de valoración para descartar los casos no punibles."*[335]
En el contexto de la norma, la perturbación de la *"paz pública"* es un elemento determinable. El mismo consiste en el aumento del nivel de disposición a la violencia y en la amenaza del efecto, que en el especial trasfondo de la historia alemana, corresponde a tales expresiones.[336]

[333] BVerfGE 48, 48 Bankrott-Fall; Eser/Burkhardt, Strafrecht 1, pág. 21
[334] BVerfGE 93, 266/291 – Soldaten sind Mörder
[335] BVerfGE 124, 300/339 – Homenaje a *Rudolf Heß*
[336] BVerfGE 124, 300/341 – Homenaje a *Rudolf Heß*

10.2.6 *Habilitaciones en favor de reglamentos*

199 El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido que, al legislador no le está prohibido delegar al Ejecutivo la precisión más detallada de las condiciones de una conducta punible, a través de la habilitación para dictar reglamentos, siempre que tal habilitación sea suficientemente determinada, en cuanto a su contenido, finalidad y alcance. Además de tales requisitos, debe tomarse en consideración el principio de legalidad penal, según el cual, las condiciones de la punibilidad y del tipo de pena deben poder ser previsibles desde la ley formal y no desde el reglamento.[337]

200 Las condiciones determinabilidad de la ley son más estrictos en el caso de penas privativas de libertad, en comparación con otro tipo de sanciones.[338] Si el legislador determina suficientemente claro lo que debe ser penalizado, y establece además la forma y la dimensión de la pena, en una ley formal, trasladando a la autoridad administrativa sólo la especificación del hecho punible, entonces se garantiza la seguridad jurídica y la libertad del individuo en el sentido y la finalidad del principio de reserva legal penal.[339]

10.2.7 *Prohibición de la analogía (*lex stricta*)*

201 *Caso: "La danza del demonio"*
El § 131 del Código Penal regula la penalización de la difusión de películas que exponen la violencia y la crueldad, en la forma siguiente: *Expresión de violencia, incitación al odio racial. (1) Quien difunda escritos,[340] que inciten al odio racial o que describan la violencia cruel o*

337 BVerfG 2 BvR 1101/08 – 7. Oktober 2008 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart)
338 BVerfGE 14, 174/185 – Sujeción a la Ley en el Derecho Penal
339 BVerfGE 14, 174/186 – Sujeción a la Ley en el Derecho Penal
340 Equivalen a las publicaciones: los soportes de sonido e imagen; los almacenamientos de datos; las reproducciones; y, otras representaciones en aquellos preceptos que remitan a este inciso.

inhumana en contra de personas, en una forma que glorifique o trivialicen tales actos violentos, o que representen la crueldad o inhumanidad del proceso, de una manera que lesione la dignidad humana...
Los tribunales de instancia declararon que la difusión de la película *"La danza del demonio"* era constitutiva del delito previsto en § 131 del Código Penal. Señalaron que el mismo muestra secuencias en las cuales se exponían actos crueles y de violencia inhumanas, de forma que infringían la dignidad humana. Advirtieron que en el film se mostraba como algunos personajes se transformaban en seres no humanos y perseguían a los demás personajes para exterminarlos. Éstos se defendían de los que habían sido poseídos. Por ejemplo, se mostraba cómo era alcanzada por las llamas la cabeza de una mujer poseída y la piel del rostro era quemada, entre otras escenas.

La prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida.[341] La exigencia de determinabilidad de la ley excluye la justificación de una sanción penal, a través de la analogía o la costumbre.[342] La analogía no debe ser entendida en su estricto sentido técnico; más bien se prohíbe cualquier aplicación de la ley que exceda el contenido de una norma legal sancionatoria. El sentido de literal de la ley fija el límite máximo de la interpretación judicial admisible. [343] Pero la delimitación de las normas penales no sólo se realiza a través de la interpretación gramatical, sino también bajo la especial consideración de la finalidad de la norma y del principio de *ultima ratio* penal.[344] 202

El artículo 103 aparte 2 de la Ley Fundamental obliga al legislador a describir las condiciones de punibilidad de forma tan concreta, que el ámbito de aplicación y extención de los elementos constitutivos del tipo puedan derivar

341 Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I, pág. 147
342 BVerfGE 71, 108/115 – Prendedor Anti-Energía Atómica; BVerfGE 92, 1/12 – Bloqueos sentados II
343 BVerfGE 92, 1/12 – Bloqueos sentados II
344 Bott/Krell, Der Grundsatz nulla poena sine lege im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, ZJS 6/2010, pág. 696

del texto de la ley, o por lo menos sean determinables a través de interpretación.[345]

203 Para los jueces, la exigencia de determinabilidad de la ley constituye una prohibición de basar la punibilidad en una aplicación analógia o en la costumbre. Esto también es aplicable cuando, a causa del principio de determinabilidad, determinados casos individuales queden fuera del ámbito de aplicación de la ley penal, aún cuando parecieran merecedores de pena, en forma similar a la conducta punible. Es asunto del legislador decidir, si la laguna en la punibilidad quedará vigente o será cubierta a través de una nueva regulación.[346]

204 El elemento del tipo "humano" es suficientemente determinado, en cuanto alude a la noción biológica del ser humano. Su sentido literal excluye la posibilidad de abarcar seres similares a los humanos, creados por la fantasía. Una inerpretación distinta sería contraria al principio de prohibición de analogía del art. 103 aparte 2 de la Ley Fundamental. Si el legislador hubiera querido incluir en el tipo penal de la representación de violencia a seres similares a los humanos (especialmente los llamdos zombis), debió haberlo expresado en el texto de la norma. [347]

205 *Esquema del Caso: "La danza del demonio"*
En criterio del Tribunal Federal Constitucional,[348] la interpretación de los tribunales de instancia infringió el principio de determinabilidad de la ley, en razón de que la disposición contenida en el § 131 del Código Penal había sido objeto de una interpretación amplia, que ya no permitía establecer contornos claros.
En la norma citada, la presentación en una forma contraria a la dignidad humana constituye un elemento especial del tipo, que debe ser realizado adicionalmente a la descripción de la violencia. De tal forma, ni la frecuencia, ni el detalle, ni lo llamativo de la presenciación de la violencia, son suficientes para considerar cumplido el tipo penal. De lo contrario, no podría establecerse con suficiente claridad, en qué casos un film de aventura o de crímen incurre en el tipo penal indicado.
Tampoco fue establecido que el público se sintiera alentado a participar en acciones de horror como las expuestas en las escenas del film. Por el contrario, la exageración bizarra no daría lugar a una identificación del público, sino que sería considerado grotesco y ridículo (*véase*

345 BVerfG · Beschluss vom 1. Juni 2006 · Az. 1 BvR 150/03, Abs. 14
346 BVerfG · Beschluss vom 1. Juni 2006 · Az. 1 BvR 150/03, Abs. 14
347 BVerfGE 87, 209/225 – Tanz der Teufel
348 BVerfGE 87, 209/229 – Tanz der Teufel

también párr. 398).

10.3 La garantía de irretroactividad

El concepto del "*efecto retroactivo"* debe ser diferenciado del concepto de "*vigencia temporal"* de la ley. La ley entra en vigencia a partir de su publicación o desde el momento en que la propia ley lo disponga expresamente. Obviamente, una ley que no existe todavía no puede ser aplicada por los órganos de ejecución. Por ello se afirma que la retroactividad es una ficción, según la cual la ley se aplica como si hubiera existido en el pasado, o bien, que los hechos ocurridos en el pasado deben ser tratados como si se hubieran producido luego de la vigencia de la ley.[349] 206

10.3.1 *Fundamentos de la garantía de irretroactividad*

El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que pueda comportarse en forma correspondiente.[350] Como fundamento de la garantía de *ley praevia*, también se señala al principio de protección de la confianza. Este punto de vista es de utilidad en cuanto a la posibilidad de permitir excepciones, en los casos en que la confianza del individuo en una determina situación jurídica no resulte digna de protección, en razón de que no sea materialmente justificada.[351] Tal es el caso, (a) cuando era previsible que el legislador introdujera una norma de este tipo; (b) cuando la situación jurídica es confusa, indefinida o presenta lagunas, o rompa con el sistema jurídico y sea injusta en tal medida, que existan dudas serias sobre su constitucionalidad, (c) frente a modificaciones retroactivas de la ley que estén 207

349 Schloz, Grundgesetz I pág. 133
350 BVerfGE 25, 290 – Prescripción de la acción penal
351 BVerfGE 30, 367/387

justificadas materialmente, cuando con ellas no se cause ningún daño o éste sea irrelevante. El principio del Estado de Derecho no protege contra cualquier decepción.[352]

208 Además del principio de seguridad jurídica, el origen específico en materia penal de la garantía de irretroactividad de la ley reside en la función general-preventiva del derecho penal. Las normas penales no podrían tener influencia alguna sobre conductas fieles al derecho, en situaciones que hubieran ocurrido antes de su vigencia.[353]

10.3.2 *Ámbito de aplicación*

209 La jurisprudencia alemana utiliza un criterio amplio con respecto al ámbito de aplicación de la garantía de irretroactividad, referido a todas las leyes gravosas:*"como ley más gravosa se consideran no sólo las normas tributarias y otras leyes que contemplan prohibiciones, sino toda norma que desmejore una posición jurídica existente"*.[354]

210 En el ámbito penal, el ámbito de aplicación de la prohibición de aplicación retroactiva de la norma, se encuentra referida a normas penales que crean o que agravan tipos penales. Las normas que crean tipos penales no sólo se refieren a la criminalización de una conducta que antes no era punible, sino también a la ampliación de los elementos constitutivos de la conducta punible. Tal sería el caso de una reforma penal que no sólo califique como lesión grave la pérdida de un miembro del cuerpo, sino también su incapacidad. De igual forma, se sujeta a la prohibición de aplicación retroactiva, una norma penal que limite o impida la aplicación de una causa de justificación. En tales casos estamos en presencia de normas penales creadoras de conductas punibles, sujetas al principio de

352 BVerfGE 30, 367/387
353 Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 1, pág. 23
354 BVerfGE 30, 367/387

irretroactividad de la ley.[355]

Además de las normas creadoras de tipos penales, se encuentran sujetas al principio de irretroactividad, las normas que agravan la sanción. Ejemplo de ello, es la eliminación de una sanción pecuniaria como alternativa a la pena privativa de libertad, o el aumento del límite inferior o del límite superior de la pena. 211

10.3.3 *Retroactividad propia e impropia*

El principio de seguridad jurídica presupone que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsibles al momento de la comisión de esos hechos. La retroactividad propia se produce cuando la ley es aplicada a una situación consolidada con anterioridad a su vigencia. Una situación se encuentra consolidada, cuando el supuesto de hecho de la norma no sólo ha comenzado sino que ha terminado, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.[356] 212

Bajo ciertas circunstancias la confianza de los ciudadanos puede requerir que se proteja su posición jurídica de una desvalorización a través disposiciones posteriores, que simplemente actúan sobre asuntos actuales, aún no concluidos (retroactividad impropia).[357] La retroactividad impropia se produce cuando la ley afecta hacia el futuro a una situación presente, que aún constituye un proceso no concluido.[358] Mientras que la retroactividad propia se encuentra prohibida constitucionalmente, salvo situaciones extraordinarias, la retroactividad impropia es generalmente admisible.[359] 213

---

355 Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 1, pág. 24

356 Jarass, Art. 20 n.m. 48

357 BVerfGE 25, 290 – Prescripción de la acción penal

358 Jarass, Art. 20 n.m. 49

359 Jarass, Art. 20 n.m. 51; Rondón, El principio de confianza legítima, pág. 48

10.3.4 *Las leyes temporales*

214 El § 2 del Código Penal [del Código Penal] contiene la siguiente regulación de la validez temporal de la ley:

(1) La pena principal y las consecuencias accesorias se determinaran de acuerdo con la ley que rija en el momento del hecho.
(2) Si la previsión penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rige en el momento de la culminación del hecho
(3) Si la ley que rige en la culminación del hecho es cambiada antes de la decisión, entonces ha de aplicarse la ley más benigna.
(4) Una ley, que solo debe regir para un determinado tiempo, también es aplicable a hechos que durante su validez son cometidos aún cuando ella haya dejado de tener vigencia. Esto no es aplicable en la medida en que una ley disponga otra cosa.
(5) Para el comiso, la confiscación y la inutilización rigen los incisos 1 a 4 en lo pertinente.
(6) Cuando no se ha determinado legalmente otra cosa, las medidas de corrección y seguridad se han de decidir conforme a la ley que rija al tiempo de la decisión.

215 El parágrafo 2 aparte 4 del Código Penal alemán regula la figura de las leyes temporales. Las llamadas leyes temporadas constituyen una excepción al principio de retroactividad de la ley penal Se trata de leyes dictadas sólo con relación a una situación transitoria de emergencia; son tales, por ejemplo, las disposiciones adoptadas por la policía con motivo de una epidemia del ganado. De acuerdo con el Tribunal Federal una ley temporaria no es solamente una ley delimitada en el tiempo, sino también una ley que, por su contenido, quiere reglamentar solamente con carácter transitorio circunstancias del momento.[360]

216 Las leyes que, en el sentido del § 2 aparte 4 del Código Penal, sólo tienen vigencia por un determinado tiempo, no son sólo las que establecen una vigencia temporal determinada por el calendario. En sentido amplio, también son leyes temporales, aquellas en las que, de acuerdo con su naturaleza, no ha establecido el legislador una regulación de carácte permanente, sino que procura ajustarse a las condiciones y necesidades del momento, especialmente a través de criterios

---

360 Mezger,Derecho Penal, pág. 72

de conveniencia, a través de disposiciones que tienen un claro carácter transitorio. Un criterio para la determinación de una ley temporal puede residir en las modificaciones a que ha sido sometida una ley, las cuales tienen por objeto ajustar la regulación a las cambiantes condiciones. En la doctrina se definen las leyes temporales en sentido amplio, por su adaptación a las especiales condiciones del momento y que al extinguirse tales condiciones, quedaría sin objeto.[361]

[361] Bundesgerichtshof Urt. v. 14.12.1994, Az.: 5 StR 210/94 Abs. 12

11 La libertad de opinión en el derecho penal. Parte general

11.1 La interpretación de la ley penal

217 Para la interpretación de toda disposición legislativa es determinante la voluntad objetiva del legislador que ha quedado expresada en la norma, en los términos que derivan del texto de la disposición. Para ello son de ayuda todos los métodos tradicionales de interpretación, sin que exista necesariamente una relación de prevalencia entre ellos.[362] Sin embargo, en el derecho penal, la interpretación gramatical tiene una importancia especial. El sentido literal de una disposición penal fija unos límites que no pueden ser traspasados por el intérprete, en virtud del principio de legalidad.[363]

218 La doctrina dominante parte de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez. Este marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica). Por el contrario, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal (praeter legem), o sea una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisible.[364]

---

362 BVerfGE 105, 135/157
363 BVerfGE 105, 135/157
364 Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I, pág. 148

11.1.1 *El sentido literal*

Por su naturaleza, la interpretación de las normas debe comenzar, a partir su sentido literal. El método gramatical investiga el sentido literal y la redacción de la disposición que es objeto de interpretación. Para ello, puede acudirse al sentido general o natural, que puede derivar del uso de diccionarios u otras fuentes, como encuestas, pero también, del significado específico en el lenguaje jurídico, empleado en la ley aplicable o en otras leyes análogas.[365] El sentido literal es el punto de partida de la interpretación, pero al mismo tiempo establece los límites de la actividad interpretativa. Una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal, no es interpretación sino modificación del sentido.[366] 219

En derecho penal, si la punibilidad de determinada conducta surje sólo luego de una interpretación que excede el sentido literal de la norma, tal interpretación no puede ser sostenida en perjuicio del ciudadano. Con ello resulta excluída toda interpretación de una disposición penal que amplíe el contenido de la norma sancionatoria y que comprenda conductas que no cumplan los elementos constitutivos del tipo penal. Por el contrario, la interpretación restrictiva no es cuestionable desde el punto de vista de la determinabilidad de la norma, siempre que se garantice que el destinatario de la norma pueda reconocer cuál es la conducta que puede dar lugar a una sanción y cuál no.[367] 220

11.1.2 *La interpretación sistemática*

La interpretación sistemática consiste en la determinación del significado de una norma, a partir de su posición en una ley determinada y del contexto en el ordenamiento jurídico.[368] 221

---

365 Vogenauer, Die Auslegung Von Gesetzen in England und Auf Dem Kontinent, pág. 31

366 Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho pág. 318

367 BVerfGE 85, 69/73–Manifestaciones públicas urgentes

368 Blasius/Büchner, Verwaltungsrechtliche Methodenlehre, pág. 161

11.1.3 *La interpretación histórica*

222 La interpretación histórica puede comprender dos objetos distintos, de acuerdo con la concepción de interpretación de que se trate. Un sector de la doctrina considera que debe ser establecido cuál era la intención subjetiva del legislador (teoría subjetiva o teoría de la voluntad), mientras que otro sector estima que el objeto de la interpretación es establecer el *"sentido inherente a la ley misma"* o *"sentido normativo de la ley".*[369] En todo caso, se procura una posición intermedia, que niega la aplicación exclusiva de la teoría subjetiva.[370] De la primera teoría debemos tomar las valoraciones, empeños y reflexiones objetivas de una determinada intención reguladora. De la segunda, es cierto que una vez aplicada, la ley va más allá de lo que el legislador había intentado, como ocurre con todas las obras del espíritu.[371]

11.1.4 *La interpretación teleológica*

223 La interpretación teleológica está dirigida a investigar la *ratio* de la ley, esto es, la finalidad, el objeto de la norma en cuestión. Esta regla de interpretación procura determinar cuáles son los intereses que sirven de fundamento a la norma, para luego valorarlos y ponderarlos entre sí. Tales intereses son expresión o causa de situaciones de conflicto, que están presentes en la realidad social.[372] En criterio de *Krey*, una interpretación contraria a la ratio legis, es también contraria al principio de prohibición de analogía.[373]

11.1.5 *La interpretación más favorable*

224 El Tribunal Constitucional Federal ha señalado que *"en caso de duda debe*

---

369 Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, pág.312
370 Blasius/Büchner, Verwaltungsrechtliche Methodenlehre, pág. 158
371 Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, pág.313
372 Blasius/Büchner, Verwaltungsrechtliche Methodenlehre, pág. 163
373 Krey, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, pág. 37

elegirse aquella interpretación que permita desarrollar en mayor medida la eficacia jurídica de la norma que consagra un derecho fundamental" [374]

11.1.6 *La ultima ratio*

La norma penal constituye *ultima ratio* dentro del instrumental del legislador. 225
Según el principio de proporcionalidad, constitutivo del Estado de Derecho, el cual impera en todo el derecho público, inclusive en el derecho constitucional, el legislador debe hacer uso de este medio con cautela y moderación.[375]

La interpretación y aplicación del derecho penal debe tomar en consideración 226
que tal forma de intervención del Estado constituye, entre varias medidas alternativas de protección de bienes jurídicos, la limitación más gravosa en la libertad de la persona. De tal forma, que la interpretación de la norma penal no sólo encuentra límites en el sentido gramatical de las palabras, sino también a través de la finalidad de la norma, bajo la especial consideración del principio de ultima ratio.[376] Por ello, tiene especial relevancia el principio de necesidad, derivado del método de ponderación, como mecanismo para excluir la aplicación del derecho penal cuando existen otros medios menos gravosos, pero igualmente idóneos para alcanzar el fin perseguido. Sobre todo, puede ser relevante para el intérprete, en los casos en que no resulta del todo clara la delimitación entre a intervención penal y otras vías para resolver el conflicto.

11.1.7 *La teoría de los bienes jurídicos protegidos*

En su decisión *Incesto entre hermanos*, de 2008, el Tribunal Federal 227
Constitucional resolvió no reconocer un valor especial a la teoría de los bienes jurídicos protegidos, en el control de constitucionalidad de la ley penal. Señaló

---

374 BVerfGE 39, 1/135
375 BverfGE 39, 1/135
376 Bott/Krell, Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, ZJS 6/2010, pág. 696

que la determinación del ámbito de las conductas punibles es esencialmente tarea del legislador. Al tribunal sólo le corresponde velar porque las normas penales se encuentren de acuerdo con la Constitución y los principios constitucionales no escritos, así como las decisiones fundamentales de la Constitución. En todo caso, las normas penales no se encontrarían sujetas a condiciones especialmente estrictas en cuanto a la determinación de los fines perseguidos. Tales fines no derivan de la doctrina de los bienes jurídicos protegidos. Dicha teoría no contiene parámetros materiales que deban ser asumidos constitucionalmente.[377]

228 La tesis contraria fue expuesta en el voto salvado del juez *Hassemer*. Los límites constitucionales de la legislación penal también ejercen influencia en la elección y la aplicación de los medios penales. El derecho penal es la *ultima ratio*, es el último medio disponible para proteger un interés de la colectividad y por ello sólo puede ser tomado en consdieración cuando la conducta incriminada, más allá de su prohibición, resulte especialmente dañína e insoportable para la vida en sociedad; cuando su impedimento resulta especialmente urgente.[378]

229 La decisión *Incesto entre hermanos*, dejó expresamente sin resolver la cuestión de si es posible distinguir entre normas penales que sólo se basan en concepciones morales, de aquellas que protegen bienes jurídicos, y si en tal caso, las primeras serían cuestionables constitucionalmente.[379]

230 En materia de libertad de opinión ha señalado el Tribunal Federal Constitucional que la expresión de la opinión es fundamentalmente libre en una democracia pluralista, a menos que el legislador hubiera establecido limitaciones, en función de la protección de bienes jurídicos. El derecho a la libertad de opinión también

---

377 BVerfGE 120, 224/241 – Geschwisterbeischlaf. Esta decisión es calificada como un rechazo a la aplicación de la teoría de los bienes jurídicos en el derecho penal. Al respecto, Wüstenberg, Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?, pág. 472

378 Voto salvado del juez *Hassemer,* en BVerfGE 120, 224/256 – Geschwisterbeischlaf. También en este sentido, Swoboda, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, pág. 25

379 BVerfGE 120, 224/248 – Geschwisterbeischlaf

tiene por objeto la protección de minorías, por lo que no puede ser colocado bajo una reserva general de que el contenido de lo expresado resulte conforme a las posiciones sociales o éticas dominantes.[380]

De acuerdo con lo expuesto, el legislador sólo puede limitar la expresión de opiniones, especialmente en el derecho penal, cuando éstas lesionan determinados bienes jurídicos, tales como la dignidad humana o el derecho general de la personalidad. [381] 231

11.2 Derechos fundamentales en el derecho penal

El análisis de constitucionalidad de la norma penal debe distinguir en primer lugar entre los elementos de la norma destinados a la regulación de la conducta, por una parte, y la disposición que establece la pena.[382] Ambos elementos normativos se encuentran legitimados por motivos distintos, su aplicación produce también una afectación distinta de derechos fundamentales. 232

La norma reguladora de conducta constituye una afectación de un derecho fundamental, mediante la determinación de una prohibición.[383] En este caso, el parámetro de control puede encontrarse referido a un derecho fundamental especial o a la libertad general de actuación,[384] pero también al honor y reputación de la persona, en la medida en que se trata del reproche de una conducta socialmente dañina.[385] La diferencia entre las contravenciones penales y las faltas administrativas reside, en efecto, en que en estas últimas, el reproche de culpa no alcanza la esfera de lo ético. El autor del hecho en la falta, no es 233

380 BVerfGE 111, 147/155 – Prohibición de la reunión por el contenido expresado
381 BVerfGE 111, 147/156 – Prohibición de la reunión por el contenido expresado
382 Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pág. 55
383 Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pág. 77
384 Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pág. 137
385 Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pág. 111

responsable de atentar contra el orden jurídico en un sentido fundamental que guarda relación con la personalidad moral; la falta no alcanza en tal sentido la seriedad de la sanción penal.[386]

234 El derecho a la libertad general de actuación protege toda forma de actuación humana, sea cual fuere la importancia de la respectiva actividad para el desarrollo de la personalidad.[387] En sentido material, el principio de proporcionalidad ofrece los criterios constitucionales mediante los cuales se puede limitar la libertad de actuación. A este principio corresponde un papel bastante significativo para el examen de las normas penales, las cuales constituyen la sanción más fuerte a disposición del Estado, y expresan un juicio ético social negativo sobre una determinada actuación del ciudadano.[388]

235 El legislador no es libre en la elección de la ocasión y los fines de la penalización de la conducta, sino que se encuentra limitado a la protección de los valores elementales de la vida en sociedad; al aseguramiento de los fundamentos de una sociedad ordenada y la garantía de los más importantes intereses de la colectividad. Por ello, la norma no sólo debe perseguir un fin legítimo, sino que debe tratarse de valor esencial, de un fundamento de la vida en común. El derecho penal es la *ultima ratio*, el último medio disponible para proteger a la colectividad y sólo puede utilizado cuando la conducta incriminada, más allá de su prohibición, resulte socialmente dañina e intolerable para la sociedad; cuando es urgente impedir su realización.[389]

236 Por su parte, la norma reguladora de la pena puede ser objeto de control, a partir del derecho a la libertad general de actuación y, en el caso de la pena privativa de libertad, del derecho a la libertad personal. En criterio de *Lagodny* es aplicable la libertad general de actuación como parámetro de control de las

386 BVerfGE 9, 167 – Wirtschaftsstrafgesetz
387 BVerfGE 90, 145/171 – Cannabis
388 BVerfGE 90, 145/172 – Cannabis
389 Voto salvado del Juez Hassemer en BVerfGE 120, 224 – Geschwisterbeischlaf

penas pecuniarias.[390] La sanción pecuniaria afecta el derecho de propiedad.[391] En voto salvado de los jueces *Jentsch, Di Fabio y Mellinghoff* se afirma que, tal derecho podría resultar infringido en caso de una total confiscación del patrimonio que no resulte adecuada a la culpa.[392]

11.2.1 *La interpretación de los elementos del tipo*

Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (Efectos recíprocos)
El § 130 aparte 4 del Código Penal dispone lo siguiente:
(4) Con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa es castigado quien públicamente o en una reunión, de manera que afecte la dignidad de las víctimas, perturbe la paz pública, al aprobar, exaltar o justificar el régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo

Los efectos irradiantes de los derechos fundamentales pueden irrumpir en el derecho penal, a través de la interpretación de los elementos del tipo.[393] Desde el punto de vista constitucional, los tribunales penales deben tomar en consideración la influencia de los derechos fundamentales en la constatación y valoración de los elementos del tipo penal, así como en la interpretación y aplicación del derecho penal.[394] *Con respecto a la densidad del control, véase párr. 139.* 237

El derecho a la libertad de opinión exige que, en la interpretación de los elementos del tipo, se lleve a cabo una ponderación entre la importancia de la libertad de opinión por una parte, y la del bien jurídico, en cuyo interés se limita la libertad de opinión, por otra parte. De tal forma, no sería admisible una interpretación de los presupuestos del tipo de una disposición penal, que exceda 238

390 Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pág. 137
391 Köhler, Strafrecht: Allgemeiner Teil, pág.591
392 BVerfGE 105, 135 – Pena pecuniaria. Köhler, Strafrecht: Allgemeiner Teil, pág.
393 BVerfGE 82, 236/266 – Schubart
394 BVerfGE 82, 236/260 – Schubart

lo estrictamente necesario para brindar la protección que requiere el bien jurídico.[395]

239 Las leyes, que limitan la libertad de opinión deben ser interpretadas, de forma que se garantice el contenido de ese derecho, el cual debe conducir a una presunción en favor de la libertad de opinión en todo ámbito, en una democracia liberal. Debe producirse un efecto recíproco, en el sentido de que si bien las leyes establecen limitaciones al derecho fundamental, de acuerdo con interpretación literal, por su parte, las mismas deben ser interpretadas a partir del reconocimiento del derecho fundamental en un estado de democracia liberal, y de tal forma debe ser restringido su efecto limitante sobre el derecho fundamental.[396]

240 En el caso de delitos, que se producen a través de declaraciones, sólo puede ser garantizada la protección constitucional, si la determinación y valoración de la declaración, que da lugar a la penalización, es objeto de revisión a la luz del derecho fundamental afectado.[397]

241 Al igual que toda norma penal, el § 111 del Código Penal [*Incitación pública a hechos punibles*] debe ser interpretado y aplicado, bajo la consideración de las decisiones de valor de los derechos fundamentales. En la medida en que el cumplimiento de un tipo penal se realice por medio de una expresión emitida en una reunión, deben ser tomados en cuenta los derechos a la libertad de reunión y de libertad de opinión.[398] *Véase al respecto párr. 304*]

242 *Esquema del Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (Efectos recíprocos)*
La perturbación de la paz pública: El Tribunal Federal Constitucional ha señalado que la limitación del derecho a la libertad de opinión no puede estar referida a medidas de protección frente a simples efectos psicológicos de determinadas opiniones. El bien jurídico de la paz pública es un motivo legítimo para justificar la limitación de la libertad de opinión, sólo en su concepción de protección de la convivencia pacífica (*véase en detalle, párr. 269*). La

395 BVerfG · Beschluss vom 6. September 2000 · Az. 1 BvR 1056/95, Abs. 39
396 BVerfGE 124, 300/342 – Homenaje a *Rudolf Heß*
397 BVerfGE 82, 236/259 – Schubart
398 OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 66

protección de la paz pública se refiere en tal caso a los efectos externos de expresiones que, en forma de exhortaciones que pueden generar en los destinatarios la disposición a la acción o la superación de las inhibiciones morales, o que pueden atemorizar de forma inmediata a terceros.[399]
De acuerdo con la teoría de los efectos recíprocos, los elementos del tipo deben ser interpretados, de forma que la condena penal sólo sea aplicable en caso de afectación de la paz pública, en su concepción de protección de la convivencia pacífica.[400]
El régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo: Para la aplicabilidad del § 130 aparte 4 StGB se requiere que la aprobación a que se refiere esa disposición, se encuentre relacionada específicamente con las violaciones a derechos humanos que caracterizaron el nacionalsocialismo.[401]

11.2.2 *Derechos fundamentales como causa de justificación*

El ejercicio de los derechos fundamentales puede ser considerado una causa de justificación en el derecho penal. La realización de una conducta que cumple los elementos de un tipo delictivo puede encontrarse justificada, en casos en que la ponderación de valores, bajo los parámetros del orden de valores de la ley fundamental determine la prevalencia de los intereses defendidos por el autor del hecho. Bajo tal mecanismo deben ser resueltos los casos de conflictos con el ejercicio de derechos que no se encuentran sometidos a una reserva de limitación, como en el caso de la libertad artística. También es aplicable a los derechos fundamentales que pueden ser objeto de limitación por la ley, la cual de acuerdo con la teoría de los efectos recíprocos, debe a su vez ser interpretada en base al derecho fundamental afectado. [402] 243

En su trabajo de ascenso en 1969, *Eser* sostuvo la tesis de la validez general del § 193 del Código Penal, el cual permite el ejercicio de intereses legítimos frente 244

399 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*
400 BVerfGE 124, 300/342 – Homenaje a *Rudolf Heß*
401 BVerfGE 124, 300/343 – Homenaje a *Rudolf Heß*
402 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), Vor § 32, párr. 28; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, pág. 291

a la protección penal del honor, como una causa de justificación, para otros delitos, esto es, la admisión de una causa de justificación basada en la ponderación de derechos fundamentales. No sería descartable que tal ponderación se realice además en forma de un elemento negativo del tipo, con el objeto de limitar de tal forma el alcance de la prohibición.[403] Si bien los derechos a la protección del honor y la vida privada requieren en especial grado de la protección del Estado, sin embargo también es preciso permitir al juez la ponderación de la situación de conjunto, considerando todos los factores de valoración.[404] Según *Eser*, no es preciso que los intereses del autor del hecho resulten de mayor importancia que los intereses del afectado, sino que tal como ocurre con la legítima defensa, sólo una ponderación amplia permitiría tomar en consideración que ciertos intereses generales se coloquen a favor de la posición del autor del hecho.[405]

245 En criterio de *Eser*, los derechos de libertad de opinión y de reunión tienen especial importancia en el proceso de evolución de la sociedad, más allá de los intereses establecidos. Tal característica muestra una distinción con los tradicionales derechos a la legítima defensa y al estado de necesidad, los cuales se reducen escencialmente a asegurar un determinado *"status quo"*; mientras que el ejercicio de los intereses legítimos tienen una función evolutiva. La mayor promoción posible de la libertad de desenvolvimiento, estaría al servicio de la evolución de la sociedad y la creación de nuevos valores. Esta causa de justificación estaría destinada a la defensa de un *"status ad quem"*.[406] *Eser* resume su tesis en la siguiente fórmula: *"El hecho no es contrario a derecho, cuando es realizado de forma idónea y necesaria para proteger o imponer*

403 Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, pág. 20

404 Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, pág. 57

405 Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, pág. 20

406 Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, pág. 67; Meurer, Wahrnehmung berechtichter Interesen und Meinungsfreiheit, pág. 665. Una posición distinta, Jakobs, Strafrecht, allgemeiner Teil, pág. 467

intereses legítimos, generales o individuales, que guardan relación con el autor del hecho y que se encuentran en proporción con el bien jurídico lesionado."[407]

El § 193 del Código Penal constituye un caso de una causa especial de justificación en el derecho penal, a partir del ejercicio del derecho a la libertad de opinión en el ámbito de los delitos destinados a proteger el honor de las personas: 246

§ 193. Defensa de legítimos intereses 247
Juicios de reproche sobre desempeños científicos, artísticos o industriales y expresiones que se hagan para la ejecución o defensa de derechos o para la salvaguardia de legítimos intereses así como reproches o amonestaciones de un superior contra sus subalternos, denuncias oficiales u opiniones por parte de un empleado y casos parecidos, son sólo punibles en la medida en que la existencia de un injuria resulte de la forma de la declaración o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria.

248

La antijuridicidad de una lesión al honor puede encontrarse justificada, en casos de legítima defensa o por el consentimiento del ofendido. Además el § 193 regula una causa especial de justificación, que deriva del derecho fundamental a la libertad de opinión y cuyo contenido material debe ser determinado a través de una ponderación de bienes e intereses.[408] Se trata de un mecanismo de aplicación de la teoría del efecto recíproco, según la cual la ley que impone limitaciones al derecho fundamental, en este caso a la libertad de opinión, debe ser interpretada a la luz de este derecho fundamental.[409]

El legislador no puede limitar la libertad de opinión a discreción. El § 193 del Código Penal permite que se pueda tener en consideración el derecho objeto de limitación y evitar posibles limitaciones excesivas de la libertad de opinión. Tal disposición se encuentra abierta a la influencia del derecho a la libertad de opinión y hace posible un equilibrio favorable a los bienes jurídicos en conflicto. 249

---

407 Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, pág. 68

408 Wessels/Hettinger, Strafrecht, besonderer Teil, párr., párr. 515

409 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), § 193, párr. 1

410

250 En la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, el conflicto entre la libertad de opinión y el honor, es resuelto a través de una ponderación amplia. En la doctrina se plantea la crítica, de que con ello el § 193 del Código Penal es dejado de lado.[411] La *"erosión"* del § 193 del Código Penal como causa de justificación habría iniciado con la decisión Lüht en 1958. Un año más tarde, la Corte Federal confirmó una sentencia absolutoria por expresiones expuestas en el marco de una campaña electoral, señalando que la causa de justificación del § 193 del Código Penal era una norma de aplicación del derecho a la libertad de opinión. Dos años más tarde, el Tribunal Federal Constitucional reiteró tal criterio, en un proceso por ofensas en contra de los redactores de una revista, en medio de una controversia mediática.[412]

251 *Roxin* evalúa los elementos de comparación entre el § 193 y el estado de necesidad. El § 193 es una causa de justificación basada en el principio de la ponderación de intereses, pero no es un supuesto especial del estado de necesidad, pues el *"peligro actual y no evitable de otro modo"*, no es preciso en absoluto que concurra en el caso del § 193. La crítica científica o artística, la sátira o la caricatura, que se justifican por el § 193, no sirven en absoluto para hacer frente a peligros en el sentido de la teoría del estado de necesidad; como tampoco tienen por qué consistir en puestas en peligro de bienes jurídicos las irregularidades o anomalías que, por ejemplo, se pretende poner al descubierto mediante afirmaciones fácticas deshonrosas. De resto, los puntos de vista de la ponderación en el § 193 son similares a aquellos a los que hay que recurrir dentro del § 34, pero no idénticos a los mismos.[413]

---

410 BVerfGE 93, 266/290 – Soldaten sind Mörder

411 Zaczyk, § 193 StGB als Rechtsfertigungsgrund, pág. 820

412 Zaczyk, § 193 StGB als Rechtsfertigungsgrund, pág. 821

413 Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, pág. 781; Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, pág. 29

11.2.3 *Derechos fundamentales en la determinación de la pena*

El fundamento de la determinación de la pena lo constituye la gravedad del hecho, con relación al orden jurídico lesionado y el grado de culpa personal del autor del hecho. Bajo la consideración de la ponderación de tales factores, el juez debe encontrar la pena justa y adecuada a la culpa. Para ello, el marco legal de la pena aplicable deja al juez un cierto margen de juego, dentro del cual pena puede ser considerada adecuada.[414] 252

El *principio nulla poena sine culpa* tiene el rango de un principio constitucional. Según el § 46 del Código Penal alemán, la culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. Toda pena debe estar en adecuada proporción con la gravedad del hecho punible y la culpa del delincuente. El mandato de respetar la dignidad humana significa especialmente, que se prohíben las penas crueles, inhumanas y denigrantes. El delincuente no puede convertirse en simple objeto de la lucha contra el crimen con violación de sus derechos al respeto y a la protección constitucional de sus valores sociales.[415] 253

De acuerdo con el principio de la culpa, el hecho punible y la consecuencia deben encontrarse en una relación ajustada a la materia, bajo los parámetros de la idea de la justicia. La pena aplicable debe encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con el grado de culpa del autor. La pena aplicable no debe exceder la culpa del autor. En la medida en que el hecho admita distintos grados de culpa y de gravedad, debe dejarse al juez la posibilidad de adecuar la pena.[416] En esa medida, el principio de culpa se identifica en sus efectos reguladores de la pena, con el principio de prohibición de exceso. 254

Los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano deben conservarse. Del art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del estado social, se deduce la obligación del estado –y esto es válido en especial para la ejecución de las penas– de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo 255

414 BGHSt 20, 26417
415 BVerfGE 45, 187/145 – Cadena Perpetua
416 BVerfGE 45, 187/226 – Cadena Perpetua

una vida acorde con la dignidad humana. Por ello, sería incompatible con este concepto de dignidad humana que el Estado se apropiara de la facultad de privar de la libertad a las personas sin darles por lo menos la posibilidad de poder obtenerla nuevamente.[417]

256 En la decisión *Bloqueos sentados I*, el empate en la votación también estuvo referido a si el principio de proporcionalidad y de adecuación de la pena exigía al juez la consideración de los motivos que dieron lugar al hecho. En criterio de 4 jueces, el juez se encuentra obligado a dar cuenta de la diferencia entre una acción con provecho propio y una acción orientada al bien común. En criterio de los 4 restantes jueces, el juez penal no se encuentra constitucionalmente obligado a incorporar tales elementos en el análisis de la reprochabilidad del hecho (lo cual hubiera derivado en la justificación del hecho), sino que era suficiente con la aplicación de la pena más leve.[418]

257 En la decisión *Bloqueos sentados III*, el tribunal estimó que las condiciones en que se realizó la manifestación, así como el motivo de la acción y la finalidad política del bloqueo fueron tomadas en consideración en la determinación de la pena. La sanción impuesta fue una advertencia con reserva de multa de 20 marcos alemanes, por lo que no había sido desconocida la importancia del derecho de reunión.

11.2.4 *La interpretación del contenido expresado*

258 Requisito para cualquier evaluación jurídica de una opinión es que su sentido sea interpretado adecuadamente. El error en la interpretación de lo expresado en una sentencia condenatoria por un delito de opinión, puede conducir a la opresión de una opinión legítima. Además existe el peligro de que tal condena produzca efectos desfavorables en el ejercicio de la libertad de opinión, en la medida en que quienes tuvieran disposición a expresarse podrían estar en riesgo de penalización, incluso por un significado remoto o insostenible de lo expresado.[419]

259 Punto de partida es siempre el sentido literal de lo expresado. Pero con ello no

---

417 BVerfGE 45, 187/228 – Cadena Perpetua

418 BVerfGE 73, 206/261 – Bloqueos sentados I

419 BVerfGE 93, 266/295 – Soldaten sind Mörder; BVerfG · Beschluss vom 4. Februar 2010 · Az. 1 BvR 369/04, Abs. 29

se determina el sentido en forma definitiva. El mismo es determinado también por el contexto, en el cual se encuentra la expresión; de las circunstancias que lo rodean, en la medida en que éstas sean reconocibles. La apreciación aislada de una parte de lo expresado no cumple generalmente los requisitos de una interpretación confiable. [420]

La interpretación del contenido de la declaración, debe tener en cuenta el contexto general, en el cual se encuentra y el trasfondo de la situación social y política, en que ha sido emitida. Una interpretación orientada a la libertad de opinión, de una declaración que puede constituir un hecho punible, no puede basarse exclusivamente en el sentido literal, sino que debe determinar el contenido específico intencional de la declaración. Dado que el sentido y la finalidad de toda expresión pública, dirigida a la formación de la opinión, es la de llamar la atención, en vista del actual exceso de información, debe tolerarse la formulación de expresiones fáciles de retener e incluso provocativas, especialmente cuando el que se expresa no persigue un fin egoísta, sino que su aporte sirve a la formación de la opinión pública.[421] 260

La finalidad de la interpretación es dilucidar el sentido objetivo de una expresión. La determinación de si una expresión constituye delito, depende de la forma en que es previsible que la expresión sea entendida por los destinatarios, y no por la posición interna de quien se expresa, ni de lo que deseaba expresar, ni de la concepción subjetiva del afectado.[422] Para ello no es relevante la intención del autor, sino el panorama de comprensión de receptores de un conocimiento promedio, objetivo y libre de prejuicios.[423] 261

---

420 BVerfGE 93, 266/295 – Soldaten sind Mörder; BVerfG · Beschluss vom 4. Februar 2010 · Az. 1 BvR 369/04, Abs. 29

421 OLG Stuttgart · Beschluss vom 26. Februar 2007 · Az. 4 Ss 42/07; 4 Ss 42/2007, Abs. 33

422 OLG Karlsruhe Beschluß vom 11.5.2017, 2 Rv 9 Ss 177/17, Abs. 15

423 BVerfGE 93, 266/295 – Soldaten sind Mörder; BVerfG · Beschluss vom 4. Februar 2010 · Az. 1 BvR 369/04, Abs. 29; VG Köln · Urteil vom 28. November 2014 · Az. 19 K 5130/13, Abs. 55; BGH · Beschluss vom 14. April 2015 · Az. 3 StR 602/14, Abs. 9;

262 El intérprete debe descartar los significados menos probables. Si, bajo la consideración de estos principios es claro el sentido de lo expresado, el mismo debe servir de base al resto del análisis constitucional. Pero si el mismo es apreciado por un público imparcial y entendido, en forma diversa, entonces debe tomarse como punto de partida la existencia de varios significados posibles.[424]

263 En el caso de la revisión de sanciones penales o civiles, por la expresión de opiniones realizadas en el pasado, el Tribunal Federal Constitucional toma como punto de partida el principio, según el cual la libertad de opinón es infringida cuando frente a varias posibles interpretaciones de lo expresado, un tribunal utiliza el significado que conduce a la sanción, sin antes haber excluido el significado no punible, a través de argumentos razonables (*véase por ejemplo, párr. 298*).[425]

11.2.5 *El efecto disuasivo*

264 El eventual efecto disuasivo en la libertad de opinión ha sido tomado en consideración en la interpretación de los tipos penales de protección al honor, así como en el caso de la interpretación del sentido de lo expresado y en la determinación del nivel de afectación, el cual resulta distinto en las sanciones penales y civiles. En tales casos, los efectos negativos van más allá de la infracción del derecho subjetivo, para afectar el ejercicio general de la libertad de opinión.

265 El art.5 aparte 1 frase 1 de la Ley Fundamental prohíbe una interpretación de los §§ 185 y siguientes del Código Penal, de la cual derive un efecto disuasivo en el ejercicio del derecho fundamental, que conlleve a que se omita la crítica

OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 72

424 BVerfGE 114, 339/348 – Mehrdeutige Meinungsäusserungen

425 BVerfGE 114, 339/349 – Mehrdeutige Meinungsäusserungen

admisible, por temor a sanciones.[426]

Si quien se expresa puede tener el temor de ser objeto de sanciones por una expresión que hubiera sido interpretado en sentido distinto del que tenía, podría producirse efectos negativos en el ejercicio general de la libertad de opinión. En tales casos, la sanción podría afectar de forma sensible la libre expresión, la libre información y la libre formación de la opinión pública, y con ello resultaría afectado el núclo de la libertad de opinión.[427] 266

Aun cuando sólo se imponga una sanción pecuniaria, la sanción penal es de mayor intensidad que una condena civil de abstención, de rectificación o de daños y perjuicios. La sanción penal constiuye una afectación muy gravosa de la esfera de personalidad. Más allá de la afectación del derecho individual de libertad de opinión, podrían producirse efectos negativos generales al ejercicio de la libertad de opinión, de considerable extensión. Tal actuación del poder del estado podría afectar en forma sensible la sustancia de la libertad de opinión, en razón de sus efectos disuasivos.[428] 267

11.2.6 *La paz como limitación legítima de la libertad de opinión*

Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (limitación legítima) 268
El § 130 aparte 4 del Código Penal, dispone lo siguiente:
(4) Con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa es castigado quien públicamente o en una reunión, de manera que afecte la dignidad de las víctimas, perturbe la paz pública, al aprobar, exaltar o justificar el régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha establecido que constituye 269

426 BVerfGE 93, 266/292 – Soldaten sind Mörder; BVerfGE 114, 339/349 – Mehrdeutige Meinungsäusserungen
427 BVerfGE 114, 339/349 – Mehrdeutige Meinungsäusserungen
428 BVerfGE 43, 130/136 – Flugblatt

una condición para la limitación del derecho a la libertad de opinión y es determinante de su proporcionalidad, la determinación de la finalidad legítima de la norma que establece la limitación. En principio, es legítimo todo interés público que no se encuentre excluido constitucionalmente. En todo caso, ello depende de cada derecho fundamental, que sea objeto de limitación. Los límites de la libertad de opinión no pueden enervar su contenido sustancial. Por ello, la finalidad de la limitación del derecho a la libertad de opinión no puede estar referida a medidas de protección frente a simples efectos psicológicos de determinadas opiniones. La intención de impedir expresiones con efectos dañinos o peligrosos anularía la libertad de opinión y resultaría por ello ilegítima. La simple falta de valor o la peligrosidad de la opinión no es por sí misma un motivo suficiente para la limitación.[429]

270 Por el contrario, puede resultar legítimo impedir la afectación de bienes jurídicos. En la medida en que el legislador procura limitar la expresión de opiniones, que hubieran excedido el nivel de un peligro individualizable, concreto y palpable, entonces se persigue un fin legítimo. Por ello puede el legislador regular la emisión de expresiones que más allá de la formación de una convicción, están dirigidas a producir efectos reales y que, en forma de llamados y exhortaciones a conductas antijurídicas, emociones agresivas o la superación de las inhibiciones morales, pueden producir en forma inmediata efectos peligrosos para los bienes jurídicos protegidos.[430]

271 Para la protección de los intereses jurídicos materiales se presenta una especie de nivel mínimo de la intervención frente a peligros: aquellos peligros que simplemente derivan de opiniones, como tales, son demasiado abstractos, como para justificar la prohibición. En la medida en que el peligro consiste sólo enla abstracción del "estimar correcto" y en el debate al respecto, la protección frente al peligro queda en manos de la libre controversia de las diferentes corrientes sociales. Medidas que limitan la libertad de opinión, con respecto al contenido

---

429 BVerfGE 124, 300/331 – Homenaje a *Rudolf Heß*
430 BVerfGE 124, 300/332 – Homenaje a *Rudolf Heß*

de las expresiones pueden por el contrario resultar admisibles, cuando las opiniones afectan en forma reconocible bienes jurídicos de individuos o de la colectividad. La defensa frente a peligros para bienes jurídicos constituye entonces una finalidad legítima del legislador. El estado se encuentra con ello limitado a la protección de bienes jurídicos en el ámbito de lo externo. Por el contrario, no le corresponde intervenir en la convicción individual subjetiva interna y con ello en el derecho a expresarla y difundirla, de acuerdo con el artículo 5 aparte 1 de la Ley Fundamental.[431]

272 En estos casos, la finalidad de la norma es la protección frente a expresiones, que de acuerdo con su contenido, se encuentran dirigidos a causar conductas que ponen en peligro bienes jurídicos, es decir, que determinan la transición hacia la agresión o la transgresión del derecho. La protección de la paz pública se refiere en tal caso a los efectos externos de expresiones que, en forma de exhortaciones o agitaciones que pueden generar en los destinatarios la disposición a la acción o la superación de las inhibiciones morales, o que pueden atemorizar de forma inmediata a terceros. [432]

273 También en estos casos, la afectación de la libertad de opinión se encuentra posiblemente relacionada con el contenido de lo expresado. Sin embargo, la protección de la paz pública se refiere al mantenimiento de la paz entre ciudadanos. Se trata de una protección anticipada de bienes jurídicos, que se vincula con los peligros que se concretan en la práctica. [433]

274 Para resolver, si la expresión de una opinión se mantiene únicamente en el plano de lo ideal o supera el umbral hacia un incipiente peligro de bienes jurídicos, resulta determinante, si los peligros que derivan de la expresión de la opinión, sólo constituyen un efecto remoto que amenaza con profundizar la formación libre de las convicciones, o si su realización comienza a ponerse en marcha a partir de la expresión de la opinión. En la medida en que los efectos de la

---

431 BVerfGE 124, 300/333 – Homenaje a *Rudolf Heß*
432 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*
433 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

propagación de una ideología sean sólo una consecuencia abstracta de una construcción intelectual, entonces será más claro que permanecen en la esfera de las ideas, la cual se encuentra fundamentalmente protegida. En la medida en que por el contrario, los peligros derivados de la forma de la expresión sean concretos e inmediatos, en la medida en que la amenaza se refiera a personas concretas, a grupos de personas o a situaciones reales, entonces pueden ser asignados a la esfera de lo real. Una presentación meramente simbólica de convicciones, doctrinas, o de proyectos debe ser considerada como parte de la esfera intelectual, a diferencia de la afectación de bienes jurídicos, como en el caso de la presentación concreta e inmediata de hechos históricos que son señaladas como deseables.[434]

275 *Esquema del Caso: "Homenaje a Rudolf Heß" (limitación legítima)*
El Tribunal Federal Constitucional consideró que, la decisión del legislador de limitar la libertad de opinión, con la finalidad de proteger el bien jurídico de la paz pública, constituía una decisión adecuada. En todo caso, era necesario utilizar un concepto estricto de la paz pública.
No sería admisible una interpretación de la tranquilidad pública que se refiera a la protección de la tranquilidad subjetiva del ciudadano mediante la confrontación con opiniones e ideologías provocadoras o que se dirija al mantenimiento de concepciones sociales o éticas consideradas fundamentales.[435]
Una finalidad legítima, para cuya protección puede el legislador establecer límites a las opiniones emitidas públicamente, es la paz pública, en su concepción de protección de la convivencia pacífica. La protección de la paz pública se refiere en tal caso a los efectos externos de expresiones que, en forma de exhortaciones que pueden generar en los destinatarios la disposición a la acción o la superación de las inhibiciones morales, o que pueden atemorizar de forma inmediata a terceros.[436]

434 BVerfGE 124, 300/342 – Homenaje a *Rudolf Heß*
435 BVerfGE 124, 300/334 – Homenaje a *Rudolf Heß*
436 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

12 La libertad de opinión en el derecho penal. Parte especial

12.1 La libertad de opinión y la paz pública

En las próximas páginas analizaremos los elementos constitutivos de algunos tipos penales que establecen una limitación a la libertad de opinión, con la finalidad de brindar potección a la paz pública. 276

Dejaremos de lado los delitos referidos a la protección del honor, contenidos en la Sección 14, de la Injuria del Código Penal (§§ 185-200), no sin antes advertir sobre la posibilidad de relaciones de concurrencia entre éstos y algunos de los delitos que serán objeto de estudio. *En cuanto a la ponderación entre el honor y la libertad de opinión, véase párr. 107* 277

El tipo penal de la injuria (§ 185) puede ser de aplicación en los casos de la llamada negación del holocausto "*simple*". La negación de la persecución a los judíos constituye una grave afectación de sus derechos de personalidad, bien de las víctimas, cuya protección tiene eficacia incluso después de su muerte,[437] como de los judíos residentes en Alemania.[438] También puede ser de interés el tipo de la denigración del recuerdo de difuntos (§ 189), cuyo bien jurídico protegido es el honor de las víctimas[439] o el sentido de piedad de los familiares y de la colectividad.[440] 278

437 Beisel, Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge, pág. 1001; Stegbauer, Der Straftatbestand gegen die Auschwitzleugnung, pág. 281

438 BVerfGE 90, 241/252 – Auschwitzlüge; BGH 1 StR 179/93 - 15. März 1994 (LG Mannheim), Abs. 31

439 Beisel, Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge, pág. 1001; Stegbauer, Der Straftatbestand gegen die Auschwitzleugnung, pág. 281

440 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §189, párr. 1

279

12.2 La difusión de propaganda nacional-socialista (§ 86)

280 *Caso: La Sección Negra de Sachsen*
El acusado fue condenado por la distribución de medios de propaganda hostiles a la Constitución (§ 86 aparte 1 del Código Penal), por la reproducción del tema "Sangre y honor" del grupo *La Sección Negra de Sachsen*, en el programa moderado por el acusado. El contenido del texto permite reconocer las consignas "Alemania salve, victoria, victoria, victoria" (*Deutschland Heil dir, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil*).

281 § 86. Difusión de medios de propaganda de organizaciones hostiles a la Constitución[441]

(1) Quien
(...)

4. Medios de propaganda que de acuerdo con su contenido, estén destinados a continuar esfuerzos de una anterior organización nacional-socialista, distribuya en el interior medios de propaganda o los produzca para su divulgación en el país o en el exterior; los tenga disponibles, los introduzca o los exporte, o los haga accesibles públicamente en archivos de datos electrónicos, es castigado con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa.

(2) Medios de propaganda en el sentido del aparte 1 son solo aquellas publicaciones (§ 11 aparte 3) [442] cuyo contenido esté dirigido contra el orden fundamental democrático y liberal o contra los principios del entendimiento entre los pueblos.

(3) El aparte 1 no es aplicable cuando el medio de propaganda o la acción de la ilustración cívica sirven para la defensa frente a tendencias hostiles a la Constitución, de las artes o las ciencias, de la investigación o la docencia, de la información sobre los acontecimientos contemporáneos, o de la historia o de

441 Versión del 1º de agosto de 1997

442 Equivalen a las publicaciones: los soportes de sonido e imagen; los almacenamientos de datos; las reproducciones; y, otras representaciones en aquellos preceptos que remitan a este inciso.

fines similares.

(4) Si la culpa es leve, entonces el tribunal puede prescindir de pena de acuerdo con ésta norma.

12.2.1 *Medios de propaganda nacionalsocialista*

Incluso la difusión de las ideas del nacionalsocialismo, como un cuestionamiento radical del orden vigente, no se encuentra desde un principio fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión (*ver en párr. 15*).[443] 282

A pesar que el § 86 aparte 1 Nr. 4 se refiera expresamente a organizaciones nacional-socialistas, sin embargo, no se trata de una ley especial, sino de una ley general (*véase al respecto, párr. 103*). La norma no se encuentra dirigida en contra de la ideología del nacional-socialismo, sino que se encuentra limitada materialmente en contra de la continuación de organizaciones y partidos formalmente prohibidos y es aplicable en forma igualitaria a todas las organizaciones de tales características.[444] 283

La Corte Federal ha establecido que para la aplicación del § 86 aparte 2 del Código Penal no sólo se requiere que su contenido esté dirigido contra el orden fundamental democrático y liberal o contra los principios del entendimiento entre los pueblos, sino que además es preciso que para alcanzar ese objetivo, permitan reconocer una tendencia agresiva de combate activo. No es suficiente la crítica, el rechazo o el deseo político, así como tampoco la tesis científica, la documentación o la representación ficticia, siempre y en la medida en que no tengan un carácter publicitario o cedicioso, que es propio de la propaganda. La hostilidad en contra de la Constitución debe encontrarse incorporada en el propio escrito, en cuyo caso, debe tomarse en consideración el punto de vista 284

443 BVerfGE 124, 300/320 – Homenaje a *Rudolf Heß*

444 BVerfGE 124, 300/323 – Homenaje a *Rudolf Heß*

del lector o de la audiencia promedio (*véase al respecto, párr. 261*).[445]

285 La finalidad de combatir los valores fundamentales debe referirse específicamente a la República Federal alemana, por lo que no sería aplicable a la reproducción de publicaciones preconstitucionales.[446]

12.2.2 *La finalidad legítima*

286 La exclusión de punibilidad a que se refiere el § 86 aparte 3 toma en consideración la persecusión de una finalidad legítima, reconocida por el ordenamiento jurídico. La norma deriva del principio de adecuación social, pero también tiene por objeto la protección del derecho a la libertad de opinión.[447] De tal forma, la tipicidad resulta excluída cuando la conducta tiene por objeto la ilustración cívica, la ciencia, la investigación o la docencia, de la información sobre los acontecimientos contemporáneos, o de la historia o de fines similares. La actuación de un abogado defensor en juicio es equivalente a tales intereses.[448]

287 Esta exclusión del tipo para la actuación de la defensa judicial no constituye sin embargo una inmunidad total del defensor. La garantía de una efectiva defensa penal y el principio de la libre abogacía debe retroceder cuando la declración procesal del defensor se plantea sin relación alguna con la defensa o cuando resulta una actuación agena a la defensa, que sólo tiene la apariencia de tal, pero que según los parámetros del proceso penal y del derecho penal material, no puede aportar nada a la defensa judicial, incluso cuando se le hubiera denominado como una actividad probatoria.[449]

288 *Esquema del Caso: La Sección Negra de Sachsen*
Las consignas contenidas en el texto no son suficientes para establecer el carácter de

---

445 BGH · Beschluss vom 14. April 2015 · Az. 3 StR 602/14, Abs. 9
446 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §86, párr. 4
447 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §86, párr.8
448 BGHSt 46, 36/43 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln I
449 BGHSt 46, 36/45 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln I

medio de propaganda y deja notar la falta de otros elementos que lo relacionan con la propaganda. El tribunal de instancia no estableció en su motivación el elemento de la tendencia agresiva de combate activo. La referencia a la ideología del nacional-socialismo, como digna de repetición, no permite reconocer la delimitación con un simple deseo político, que reside en el carácter cedicioso de la propaganda.[450]

12.3 Uso de distintivos de organizaciones hostiles Constitución (§ 86ª)

Caso: Saludo de Hitler 289
El recurrente es de nacionalidad turca, residente en Alemania. El 4 de febrero de 2001 se encontraba en un Pasaje de la Estación Central de Trenes de Nürnberg, sosteniendo una lata de cerveza abierta. Dos funcionarios de policía le dieron la orden de abandonar el lugar, en el que estaba prohibido el consumo de alcohol y lo acompañaron hasta la salida. Cuando se alejaban, el recurrente gritó *"Si señor, A la orden, Heil Hitler"* y levantó el brazo derecho con el *"saludo de Hitler"*. El tribunal le condenó por el uso de distintivos hostiles a la Constitución, a una multa. Señaló que era atenuante que no había actuado por convicción de extrema derecha, sino que había querido criticar la actuación policial

§ 86a. Empleo de distintivos de organizaciones hostiles a la Constitución[451] 290
(1) Con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa será castigado, quien:
1. en el territorio, distribuya o publique, o emplee públicamente en una reunión, o utilice en publicaciones (§11, inciso 3) [452], distintivos de uno de los partidos y asociaciones descritas en el § 86, aparte 1, numérales 1, 2 y 4, o
2. produzca mantenga en depósito, introduzca o explote objetos que representen o contengan tales distintivos, para distribución o empleo en el territorio o en el exterior en la forma y modo descritas en el numeral 1,
(2) Distintivos en el sentido del inciso 1 son en especial banderas, escudos, partes

450 BGH · Beschluss vom 14. April 2015 · Az. 3 StR 602/14, Abs. 11
451 Versión de 1. De diciembre de 1994
452 Equivalen a las publicaciones: los soportes de sonido e imagen; los almacenamientos de datos; las reproducciones; y, otras representaciones en aquellos preceptos que remitan a este inciso.

de uniformes, consignas, y formas de saludo. A los distintivos de la primera frase se equiparan aquellos que se pueden confundir con ellos.

(3) Es aplicable el § 86 apartes 3 y 4

291 Incluso la difusión de las ideas del nacionalsocialismo, como un cuestionamiento radical del orden vigente, no se encuentra desde un principio fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión (*ver en párr. 15*).[453]

292 El § 86ª StrGB es una ley general. En concordancia con el § 86, aparte 1, numérales 1, 2 y 4, tiene la finalidad de impedir la restauración o la apariencia de tal restauración de las extintas organizaciones nacionalsocialistas, así como de organzaciones prohibidas en base al art. 9 aparte 2 de la Ley Fundamental, así como de partidos, declarados inconstitucionales, en base al art. 21 aparte 2 de la Ley Fundamental, que se expresaría en forma simbólica, a través del uso de distintivos, pero también persigue la finalidad de impedir la restauración simbólica de los objetivos de tales organizaciones.[454]

293 La norma ha sido configurada como un delito de peligro abstracto. De tal forma, pretende el legislador enfrentar incluso el peligro derivado del uso de símbolos, que no derivan de las propias organizaciones, pero que se encuentran en relación con las mismas y que pueden tener efectos de colaboración con tales organizaciones. El § 86ª StrGB protege frente a peligros que se encuentran vinculados con la apariencia externa, indistintamente de si la conducta se realiza con la intención de colaboración.[455]

294 El concepto de distintivo no es suceptible de interpretación restrictiva. Para determinar que se trata de un distintivo, sólo se requiere que la organización

---

453 BVerfGE 124, 300/320 – Homenaje a *Rudolf Heß*

454 BVerfG · Beschluss vom 23. März 2006 · Az. 1 BvR 204/03, Abs. 21

455 BVerfG · Beschluss vom 23. März 2006 · Az. 1 BvR 204/03, Abs. 22; BVerfG · Beschluss vom 1. Juni 2006 · Az. 1 BvR 150/03, Abs. 23

hubiera establecido su vinculación con el símbolo, bien por un acto formal o por su uso en la práctica, de tal forma que el símbolo constituye por lo menos un indicativo de la organización.[456] Por tal motivo, la Corte Federal ha rechazado el criterio, según el cual resulta preciso un indicio concreto que vincule el distintivo, con determinada organización, especialmente en los casos de símbolos con significado ambiguo o de organizaciones poco conocidas.[457]

La finalidad protectora de la norma se dirige a desvincular los distintivos de esa naturaleza, de la vida política de la República Federal de Alemania. De esa forma, se pretende evitar que el uso de tales distintivos resulte normal. [458] 295

La finalidad protectora de la ley no podría ser alcanzada si la punibilidad dependiera de la demostración de una intencionalidad hostil a la Constitución vinculada al uso del distintivo, esto es, con un uso comprometido con la ideología.[459] 296

En todo caso, los tribunales procuran dar cuenta de las especiales exigencias del derecho fundamental a la libertad de opinión, al reconocer la necesidad de establecer excepciones a la punibilidad, en la medida en que la conducta incriminada, a pesar del uso de los distintivos, sin embargo no resulte contrario a la finalidad protectora de la ley.[460] 297

Esquema del Caso: Saludo de Hitler 298
El tribunal regional de Nürnberg-Fürth consideró que el hecho no cumplía los elementos del tipo del § 86 a del Código Penal. La finalidad protectora de la norma consiste en impedir la restauración o la de organzaciones prohibidas. Por otra parte, la disposición tiene por objeto preservar la paz pública. La protección de la paz pública impide cualquier uso de distintivos, incluso con fines comerciales o sin fines

456 BGH · Beschluss vom 1. Oktober 2008 · Az. 3 StR 164/08, Abs. 28
457 BGH · Beschluss vom 1. Oktober 2008 · Az. 3 StR 164/08, Abs. 26
458 BVerfG · Beschluss vom 23. März 2006 · Az. 1 BvR 204/03, Abs. 25; BGH · Beschluss vom 1. Oktober 2008 · Az. 3 StR 164/08, Abs. 33
459 BVerfG · Beschluss vom 23. März 2006 · Az. 1 BvR 204/03, Abs. 25; BGH, 18.10.1972 - 3 StR 1/71 I, Abs. 5
460 BVerfG · Beschluss vom 23. März 2006 · Az. 1 BvR 204/03, Abs. 25

políticos. Pero la interpretación de la norma conduciría a una ampliación del tipo, en caso de que incluya tales conductas que no contraríen su finalidad protectora. Tal sería el caso presente. La conducta del acusado sería considerada por un observador objetivo, como una protesta contra la actuación de los funcionarios de policía y como un reproche, de hacer uso de métodos nazis. Con ello, su actuación es expresión de la oposición a los métodos del régimen nacionalsocialista.[461]
No compartimos la posición del Tribunal Federal Constitucional, según la cual, no debe evadirse la función de tabú de la ley, al permitir el uso de los distintivos, en los casos en que se realiza con una finalidad crítica. Según el tribunal, en el caso concreto, no habría sido reconocible en forma clara para un observador objetivo que la conducta del acusado sólo representaba una reacción de protesta. Consideramos que una interpretación restrictiva, acorde con el valor de la libertad de opinión, exigiría más bien que, desde el punto de vista de un observador objetivo, la conducta expresada hubiera sido a tal punto clara, que permitiera excluir un significado no punible (*véase al respecto, párr. 263*)

12.4 Incitación pública de hechos punibles (§ 111)

299 § 111. Incitación pública a hechos punibles[462]

(1) Quien públicamente en una reunión o por medio de divulgación de publicaciones (§ 11 aparte 3) [463] incite a un hecho antijurídico, será castigado como un instigador (§ 26).

(2) Si la incitación no tiene éxito, el castigo es pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa. El castigo no debe ser más grave que aquel que se amenaza para el caso en que la instigación tenga éxito (inciso 1); se debe aplicar el § 49, inciso 1, numeral 2 .

461 Fuente: BVerfG · Beschluss vom 23. März 2006 · Az. 1 BvR 204/03, Abs. 6

462 Versión del 1. de mayo de 1976

463 Equivalen a las publicaciones: los soportes de sonido e imagen; los almacenamientos de datos; las reproducciones; y, otras representaciones en aquellos preceptos que remitan a este inciso.

12.4.1 *La paz pública*

El bien jurídico protegido por el § 111 del Código Penal es la paz pública, en su concepción de protección de la convivencia pacífica (*véase al respecto, párr. 268*). [464] En cuanto a la determinabilidad del elemento del tipo de la *"paz pública", vease en párr. 198.* 300

12.4.2 *La incitación pública*

De acuerdo con el § 111 del Código Penal es punible, quien en público, en una reunión o por medio de divulgación de publicaciones incite a un hecho antijurídico, incluso cuando la incitación no tiene éxito. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de los tribunales federales y de los tribunales superiores, el tipo de incitación pública de hechos punibles presupone una declaración específica dirigida a la motivación de otros a cometer determinados hechos punibles. La incitación debe ofrecer la impresión de seriedad. [465] Como incitación debe entenderse toda declaración, que permita reconocer la intención del autor del hecho, de exigir del destinatario del mensaje, una determinada acción u omisión criminal. [466] Debe tratarse de una directriz realizable, dirigida al destinatario de la declaración, que puede ser ejecutada como consecuencia inmediata de la incitación. [467] Característico de la incitación es la expresión clara de que la conducta criminal es deseada, de forma que la expresión tiene un carácter de exhortación, que deja ver el deseo de la realización del hecho punible.[468] 301

---

464 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

465 OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 64

466 OLG Stuttgart · Beschluss vom 26. Februar 2007 · Az. 4 Ss 42/07; 4 Ss 42/2007, Abs. 32

467 OLG Stuttgart · Beschluss vom 26. Februar 2007 · Az. 4 Ss 42/07; 4 Ss 42/2007, Abs. 35

468 OLG Celle · Beschluss vom 14. März 2013 · Az. 32 Ss 125/12, Abs. 25

302 El § 111 del Código Penal sólo comprende como punibles aquellas expresiones y conductas, que ponen en peligro concreto la paz pública, en razón de que, de acuerdo con su contenido, resulte reconocible que se dirige intencionalmente a actuaciones en contra de los bienes jurídicos protegidos. A éstos pertenecen opiniones, que desencadenan la señalada disposición a actuar, que sobrepasa el nivel de las inhibiciones o que intimidan directamente a terceros.[469]

303 El término incitación implica más que la simple información y que la simple provocación y exitación política. Tampoco es punible el simple estímulo para concebir la idea de actuar, esto es, la influencia que llevaría a una persona a la decisión de cometer un hecho punible.[470] La sola aprobación de un hecho punible no es suficiente para ser punible.[471] La afirmación, que un hecho punible sería bien recibido, deseado, necesario o innevitable, sin una conexión con una motivación y un llamado imperativo, claro e inmediato para la comisión de un hecho punible determinado en cuanto a tiempo y lugar, es sólo una aprobación de un delito, que no cumple los requisitos del §111 del Código Penal.[472] No es suficiente que el destinatario de la incitación deba decidirse a actuar en el futuro, cuando se encuentren dadas otras condiciones.[473]

12.4.3 *Efectos recíprocos*

304 Al igual que toda norma penal [*véase también párr. 237*], el § 111 del Código Penal debe ser interpretado y aplicado, bajo la consideración de las decisiones

---

469 OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 64; OLG Stuttgart · Beschluss vom 26. Februar 2007 · Az. 4 Ss 42/07; 4 Ss 42/2007, Abs. 32

470 OLG Stuttgart · Beschluss vom 26. Februar 2007 · Az. 4 Ss 42/07; 4 Ss 42/2007, Abs. 32

471 OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 64; OLG Stuttgart · Beschluss vom 26. Februar 2007 · Az. 4 Ss 42/07; 4 Ss 42/2007, Abs. 32

472 OLG Celle · Beschluss vom 14. März 2013 · Az. 32 Ss 125/12, Abs. 25

473 OLG Stuttgart · Beschluss vom 26. Februar 2007 · Az. 4 Ss 42/07; 4 Ss 42/2007, Abs. 35

de valor de los derechos fundamentales. En la medida en que el cumplimiento de un tipo penal se realice por medio de una expresión emitida en una reunión, deben ser tomados en cuenta los derechos a la libertad de reunión y de libertad de opinión.[474] En cuanto a la valoración de la penalidad de expresiones, se requiere además una ponderación entre la libertad de opinión y el bien jurídico, en cuyo interés se establece la limitación del derecho fundamental. Si la expresión en cuestión constituye un aporte con relación a un asunto esencial para la opinión pública, entonces debe aplicarse una presunción en favor de la libertad de opinión.[475]

Para el análisis de la infracción constitucional es determinante la interpretación del contenido de la expresión, en cuyo caso debe establecerse el contenido, bajo la consideración de las condiciones del caso concreto, desde el punto de vista de un observador promedio, sin prejuicios (*véase al respecto, párr. 261*). En caso de expresiones con varios significados posibles, debe asumirse el sentido más favorable a quien se expresa, como punto de partida para la aplicación de la ley.[476] 305

12.5 Perturbación del orden (§ 125), por el llamado a una reunión

Caso: Schubart (Coautoría en la perturbación del orden público) 306
La concesionaria del Aeropuerto de Frankfurt se propone la ampliación de las instalaciones, para agregar una nueva pista de despegue (Pista de despegue Oeste). De acuerdo con el Plan de Ordenamiento firme, la nueva pista de despegue atraviesa un gran territorio de bosques. El acusado entregó al Director Regional Electoral, durante una manifestación pacífica masiva, a la cual asistieron por lo menos 10.000 personas, una solicitud de realización de la consulta popular.

474 OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 66

475 OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 68

476 OVG Nordrhein-Westfalen · Urteil vom 18. September 2012 · Az. 5 A 1701/11, Abs. 72

El expresó, entre otras cosas: *"Querida gente, ... yo quiero hacer un llamado a ustedes, esta será nuestra primera acción el día de mañana, haremos una visita al Aeropuerto de Frankfurt. ... La meta de nuestra acción de mañana es: Debe transcurrir por completo libre de violencia! Pero desde las 20:30 el Rhein-Main debe estar cerrado. La meta de nuestra acción es: Desde las 12:30 el Aeropuerto está lleno."*
Como consecuencia de su llamado, se reunieron varios miles de opositores al proyecto. Se produjeron graves conflictos violentos con la policía, de larga duración. El Aeropuerto, así como el tráfico de entrada y salida estuvieron casi bloqueados desde horas del mediodía hasta la noche. El ingreso no era posible a través de vehículos particulares ni con el transporte público. Los opositores al proyecto establecieron barricadas, que defendieron con palos y piedras y en algunos casos con incendio, frente al intento de desalojo, por parte de policías que habían sido trasladados incluso de otras regiones. Un funcionario de policía estuvo momentáneamente sin conocimiento, a causa de una piedra lanzada en el casco; otro funcionario sufrió una fractura abierta en la mano; varios funcionarios sufrieron heridas leves. Por lo menos 120.000 personas fueron afectadas por el bloqueo y por los desvíos. Sólo en el área del terminal se produjeron daños materiales por más de 83.000 marcos alemanes.
El tribunal superior valoró la conducta del acusado como perturbación del orden público en un caso especialmente grave, de conformidad con el § 125 del Código Penal. [477] Con repecto a los derechos de libertad que sirven de parámetro de control de una sanción penal por el contenido del llamado a realizar una reunión, *véase párr. 27*.

307 § 125. Perturbación del orden público [478]
(1) Quien como autor o participe tome parte en:
1. actividades violentas contra personas o cosas o
2. amenazas de personas con violencia,
que sea cometidas con fuerzas unidas por una multitud de personas de una manera tal que ponga en peligro la seguridad pública o quien influya en la multitud para propiciar su disposición a realizar tales conductas, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.
(2) [1] En la medida en que las acciones descritas en el aparte 1, numerales 1 y 2 estén

[477] BGHSt 32, 165 – Schubart
[478] Versión del 30 de mayo de 2017

amenazadas con pena en el § 113, rige el § 113 incisos 3 y 4. [2] Esto también rige en los casos del § 114, cuando la conducta en servicio, constituya una actuación de ejecución, en el sentido del § 113 aparte 1.

(3) (derogado)

(4) (derogado)

El § 125 del Código Penal contiene elementos de un delito colectivo y de un delito individual. En el caso de las dos primeras variantes, no es determinante formar parte de una multitud violenta, sino que el motivo de la sanción es la participación en hechos violentos y amenazas.[479] En todo caso no se puede obviar el derecho fundamental de reunión, de forma que se requieran condiciones demasiado leves para la determinación de la participación en hechos violentos. Dado que en pocos casos será posible excluir por completo la posibilidad de hechos violentos, el manifestante correría el peligro de ser objeto de persecusión penal por el solo ejercicio de su derecho de reunión.[480] 308

El § 125 del Código Penal tiene sobre todo la finalidad de proteger el interés público, para asegurar la paz social. La protección que de allí deriva para el individuo sólo es un efecto reflejo de la ley. De allí ni deriva un fundamento para la pretensión de responsabildiad civil.[481] 309

Esquema del Caso: Schubart (Perturbación del orden público) 310
La Corte Federal confirmó la sentencia condenatoria por el delito de perturbación del orden público. Estimó la Corte que el acusado podía ser considerado autor de tales delitos, en la medida en que los hechos de violencia en contra de personas y cosas, le eran imputables, en base a los principios generalmente admitidos. El § 125 del Código Penal fue objeto de reforma, para permitir que no sólo sea punible el organizador cuando se encuentra físicamente en el lugar de los hechos, sino que los hechos no requieren ser realizados directamente, sino que el autor del hecho puede realizarlo a

479 Krauβ, § 125 Landfriedensbruch, Abs. 5; BGH · Beschluss vom 9. September 2008 · Az. 4 StR 368/08, Abs. 13; VG Köln · Urteil vom 12. August 2010 · Az. 20 K 7418/08, Abs. 71

480 VG Köln · Urteil vom 12. August 2010 · Az. 20 K 7418/08, Abs. 77

481 BGH Urt. v. 24.01.1984, Az.: VI ZR 37/82, Abs. 45

través de otros.[482]

Según la Corte Federal, quien llama seriamente a una manifestación pacífica, no puede ser condenado como autor del delito de perturbación del orden público, sólo porque grupos violentos se unan al evento, e incluso, cuando en su llamado hubiera podido prever la actuación de tales grupos, pero hubiera preferido realizar la actividad, para alcanzar los fines establecidos en el ordenamiento jurídico en todo caso, aún cuando se produjeran desórdenes.[483]

El Tribunal Federal Constitucional tuvo un empate en la votación del caso *Schubart*, por lo que la sentencia de la Corte Federal no fue revocada. De acuerdo con el criterio de los jueces *Herzog, Henschel, Seidl y Söllner*, el cual fue determinante del dispositivo del fallo, la condena no era objetable desde el punto de vista constitucional; los tribunales penales no habrían desconocido la influencia de los derechos fundamentales en la constatación y valoración de los elementos del tipo penal, así como en la interpretación y aplicación del derecho penal.[484]

El llamado a una manifestación no pacífica, con el objeto de evitar la sanción penal, puede ser encubierta y recibir la apariencia externa de encontrarse dentro de los límites establecidos en el § 125 del Código Penal. Los derechos a la libertad de opinión y de reunión no impiden por ello el análisis que procura establecer el verdadero sentido de un llamado dirigido a la masa, que se oculta detrás de un texto presuntamente no violento.

Los jueces *Herzog, Henschel, Seidl y Söllner*, estimaron que no era evidente la infracción de los derechos a la libertad de opinión y de reunión. Una infracción en contra de los indicados derechos fundamentales se produce, cuando la forma de determinación y valoración de los hechos coloca al ciudadano a tal punto en peligro de ser condenado, que dicho ciudadano prefiera renunciar al ejercicio de sus derechos fundamentales.[485]

En criterio de los jueces *Grimm, Dieterich y Kühling*, así como la jueza *Seibert*, la sentencia infringió el derecho fundamental a la libertad de opinión. Estimaron que el Tribunal Federal Constitucional si puede revisar en toda su dimensión la valoración del discurso del recurrente, realizada por los tribunales y que fue calificada como una participación en los hechos violentos, de conformidad con el § 125 del Código Penal [*en cuanto a la densidad del control, ver también párr. 142*].[486]

En el caso en que, el tipo del § 125 del Código Penal sólo se considera dado a través de un discurso, entonces la determinación de la tipicidad debe cumplir los requisitos

---

482 BGHSt 32, 165/178 – Schubart

483 BGHSt 32, 165/179 – Schubart

484 BVerfGE 82, 236/260 – Schubart

485 BVerfGE 82, 236/260 – Schubart

486 BVerfGE 82, 236/264 – Schubart

establecido por el Art. 5 aparte 1 frase 1 GG, en protección de la libertad de opinión. La influencia de los derechos fundamentales no se produce, como los tribunales han asumido, sólo en la justificación de una conducta que incurre en los elementos constitutivos del tipo. Por ello, el tribunal debe tomar como punto de partida de su análisis, el contenido gramatical de lo expresado. El tribunal no se encuentra impedido de tomar en consideración las circunstancias bajo las cuales fue realizada la expresión, a los fines de la valoración del discurso. En todo caso, sólo son relevantes las circunstancias que les son imputables al emisor de la expresión. De acuerdo con las circunstancias, puede establecerse que el contenido textual y su intención sean distintas, o que incluso se quería indicar lo opuesto de lo realmente dicho. Para una interpretación de tal forma contraria al contenido literal de una expresión se requieren elementos concretos, en protección del derecho constitucionalmente protegido a la libertad de opinión.[487]

Dado que los tribunales, a pesar de su llamado a una conducta libre de violencia, dieron al recurrente un trato, como si en realidad hubiera llamado a una manifestación violenta, tales requisitos son aplicables al presente caso. Para justificar la presunción del tribunal, según la cual los hechos violentos eran imputables al recurrente, no era suficiente que la finalidad de bloqueo no era objetivamente alcanzable sin violencia. Incluso en caso de la incompatibilidad objetiva de los fines de un bloqueo total del aeropuerto, pero no vinculado a hechos violentos, el discurso del recurrente puede ser interpretado, en el sentido que la finalidad del bloqueo debía ser alcanzada en la medida de lo posible, pero no a costa de hechos violentos. Los tribunales omitieron analizar esa posibilidad interpretativa del llamado a evitar la violencia, de cuya falta de seriedad no existe ningún elemento demostrativo en el texto del discurso. Para excluir esa interpretación hubieran sido necesarios motivos adicionales suficientemente convincentes. Tales motivos no se encuentran en el presente caso.[488]

En la medida en que los tribunales penales han imputado al recurrente los hechos violentos, con el argumento, que la fuerza sugestiva de su discurso y el dramatismo de su expresión, hubieran colocado a los oyentes en un ánimo, según el cual alcanzar la meta de bloqueo sería más importante que la renuncia a la violencia, entonces ello es un desconocimiento esencial de la influencia del Art. 5 aparte 1 frase 1 GG en el derecho penal. El discurso del recurrente, que condujo a la condena por alteración del orden, constituye un típico aporte a la controversia política, a la cual no pueden establecer condiciones demasiado elevadas, en interés de la libre formación de la opinión, incluso cuando sea realizada en forma controversial y chocante. El recurrente pretendía asegurar la participación de la colectividad en los sucesos y elevar en lo posible la disposición de la población a la protesta, en un conflicto, cuya

487 BVerfGE 82, 236/266 – Schubart

488 BVerfGE 82, 236/266 – Schubart

importancia alcanzaba más allá del caso que le dio origen y que había causado gran preocupación en la opinión pública. Por ello, incluso las extremadamente conflictivas expresiones, las cuales en una apreciación realista resultan excesivas, gozan de la protección de la libertad de opinión. Los discursos no deben ser calificados como una participación en la alteración del orden, sólo por sus giros dramáticos y emotivos y por su fuerza sugestiva, tal como lo han hecho los tribunales penales.[489]

12.6 Amenazas de hechos punibles (§ 126)

311 § 126. Perturbación de la paz pública por medio de amenazas de hechos punibles [490]

(1) Quien, de una manera que sea apropiada para perturbar la paz pública, amenace con:

1. uno de los casos de perturbación del orden público, descritos en el § 125a, frase 2, numerales 1 a 4,
2. un asesinato (§ 211), homicidio (§ 212), o genocidio, (§ 6 del Código Penal Internacional),
3. una lesión personal grave (§ 226)
4. un hecho punible contra la libertad personal en los casos del § 232 aparte 3, frase 2; del § 232 aparte 3, 4 o 5; del § 232b aparte 3 o 4; del § 233a aparte 3 o 4, en cada caso, en la medida en que se trate de delitos; en los casos de los §§ 234, 234a, 239a o 239b
5. un robo o una extorsión violento (§§ 249 a 251, o 255),
6. un crimen de peligro público en los casos de los §§ 306 a 306c, o § 307 apartes 1 a 3, del § 308 apartes 1 a 3; del § 309 apartes del 1 al 4; de los §§ 313, 314 o 315 aparte 3; del § 315 b aparte 3, del § 316a aparte 1 o 3, del § 316 c aparte 1 o 3, o del § 318 aparte 3 o 4; o,
7. un delito de peligro público, en los casos del § 309 aparte 6, del § 311 aparte 1, del § 316b aparte 1, del § 317 aparte 1 o del § 318 aparte 1 será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De la misma manera será castigado quien de una manera apropiada para perturbar la paz pública, con mala fe simule que está próxima la realización de uno de los hechos antijurídicos descritos en el aparte 1.

---

489 BVerfGE 82, 236/267 – Schubart

490 Versión del 15 de octubre de 2016

El bien jurídico protegido es la paz pública, en su concepción de protección de la convivencia pacífica (*véase al respecto, párr. 268*). [491] En cuanto a la determinabilidad del elemento del tipo de la *"paz pública", vease en párr. 198*. La paz pública resulta perturbada, cuando se afecta la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica pública o, cuando el delincuente potencial son instigados, por la creación de un *"clima psicológico"*, en el cual pueden ser cometidos delitos como los que han sido objeto de amenazas[492] 312

El elemento del tipo, referido a la perturbación de la paz pública se encuentra dado, por quien amenaza con uno de los hechos indicados en el § 126 aparte 1, y además expresa que su realización se encuentra bajo su dominio.[493] Mientras que la amenaza de un hecho punible señalado en el catálogo del aparte 1, requiere necesariamente que se encuentre referido a un suceso futuro, la simulación del aparte 2 puede estar referida a un hecho ya en curso. [494] 313

Adicionalmente, la amenaza debe ser realizada en una forma, que sea idónea para la perturbación del la paz pública.[495] Tal es el caso, cuando la amenaza es realizada ante la opinión pública. Una amenaza ante un individuo podría resultar idónea, cuando de acuerdo con las circunstancias concretas, deba presumirse que el anuncio será ampliamente conocido por el público, bien por su remisión a los medios o a un amplio círculo de personas, de las cuales no puede esperarse discreción.[496] 314

Se trata de un delito de peligro potencial y no de peligro concreto; no se requiere necesariamente que la paz pública se encuentre en un peligro concreto. Es suficiente que el tipo y el contenido de la actuación, bajo las circunstnacias de 315

491 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*
492 BGH · Beschluss vom 19. Mai 2010 · Az. 1 StR 148/10, Abs. 14
493 BGH · Beschluss vom 19. Mai 2010 · Az. 1 StR 148/10, Abs. 12
494 BGH · Beschluss vom 20. März 2014 · Az. 3 StR 353/13, Abs. 25
495 BGH · Beschluss vom 19. Mai 2010 · Az. 1 StR 148/10, Abs. 13
496 BGH · Beschluss vom 19. Mai 2010 · Az. 1 StR 148/10, Abs. 14

su comisión, justifiquen la concreta preocupación, de que la agresión afectará el estado de paz o la confianza en su mantenimiento.[497]

12.7 Propaganda de asociaciones criminales (§ 129 aparte 1 frase 2)

316 § 129. Conformación de asociaciones criminales[498]

(1) 1. Es castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa, quien forme una asociación criminal, o quien participe en una tal asociación como miembro, cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos que merezcan por lo menos una pena de dos años en su límite superior. 2. Es castigado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa, quien apoye tal asociación o haga propaganda para obtener miembros o promotores.

(...)

317 Para el análisis del delito de "propaganda para obtener miembros o promotores", para asociaciones criminales, especialmente desde el punto de vista de la limitación de la libertad de opinión, son aplicables las referencias expuestas, con respecto a la "propaganda para obtener miembros o promotores" para una asociación terrorista, del § 129ª, *en párr. 326 y siguientes.*[499]

12.8 Propaganda de asociaciones terroristas (§ 129ª, aparte 5, frase 2)

318 § 129a. Fundación de asociaciones terroristas [500]

---

497 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §127, párr. 4

498 Versión del 22 de julio de 2017

499 También en este sentido, Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §129a, párr. 4

500 Versión del 22 de julio de 2017

(1) Quien funde una asociación (§ 129 aparte 2), cuyo objetivo o actividad están dirigidas a cometer

1. Asesinato (§ 21) u homicidio (§ 212) o genocidio (§ 6 de la CPI) o delitos contra la humanidad (§ 7 de la CPI) o crímenes de guerra (§§ 8, 9, 10, 11 o § 12 de la CPI) o
2. Delitos contra la libertad personal en los casos del § 239a o § 239b,
3. (derogado)

o quien participe en una asociación como un miembro será castigado con prisión de un año a diez años.

(2) Del mismo modo es castigado, quien funde una asociación cuyos objetivos o actividades están dirigidas a

1. inflingir graves daños corporales o mentales, especialmente los señalados en el § 226,
2. cometer hechos punibles, según los §§ 303b, 305, 305a o delitos de peligro público en los casos de los §§ 306 a 306c o 307, párr. 1 a 3, del § 308, párr. 1 a 4, del § 309, párr. 1 a 5, de los §§ 313, 314 o 315, párr. 1, 3 o 4, del § 316b párr. 1 o 3 o del § 316c párr. 1 a 3 o del § 317 párr. 1
3. Delitos contra el ambiente en el caso del § 330a párr. 1 a 3,
4. Delitos según el § 19 párr. 1 a 3, § 20 párr. 1 o 2, o § 20ª párr. 1 a 3, § 19 párr. 2, Nº 2, o párr. 3 Nº 2, § 20 párr. 1 o 2 o § 20ª párr. 1 a 3, todos en concordancia con el § 21, o de acuerdo con el § 22a párr. 1 a 3 de la Ley sobre el Control de Armas Militares o
5. Delitos en virtud del § 51 párr. 1 a 3 de la Ley de Armas de Fuego,

o quien hubiera participado en una asociación de este tipo como miembro, si cualquiera de los actos mencionados en los apartados 1 a 5 estubiera destinado a intimidar de la manera considerable a la población, a una agencia gubernamental o una organización internacional a realizar por la fuerza o amenaza de fuerza, eliminar o afectar de manera significativa las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o una organización internacional y por la forma de su comisión o de sus efectos pueda dañar gravemente a un país o a una organización internacional.

(...)

(5) 1. Quien apoye una asociación, de las indicadas en el aparte 1, 2 o en el aparte 3 es castigado, en el caso de los apartes 1 y 2, con privación de libertad de seis meses a diez años o con multa. 2. Quien haga propaganda para obtener miembros o promotores para una asociación, de las indicadas en el aparte 1 o 2, es castigado con privación de libertad de seis meses a cinco años.

12.8.1 *La propaganda para obtener miembros o promotores*

319 La propaganda para obtener miembros se encuentra referida a la realización de gestiones para ganar personas, que se incorporen en la organización de tales asociaciones tarroristas, en calidad de miembros. La propaganda para obtener promotores se refiere a la procura de despertar en otros la disposición de promover la actividad o los objetivos de tales asociaciones, en forma directa o a través de uno de sus miembros, sin incorporarse a la organización en calidad de miembro.[501]

320 Según los antecedentes de la norma, ya no es suficiente que se asuma una postura favorable a la asociación terrorista, la justificación de sus fines o de los crímenes cometidos, así como la glorificación de la ideología, a partir de la cual tales asociaciones procuran legitimar su actividad y que sirve a ciertos individuos para justificar la comisión de hechos punibles. Se requiere que pueda determinarse, por lo menos a partir de los elementos que rodean la acción, que el agente procura intencionalmente reclutar miembros o promotores, en favor de una derteminada organización. Un llamado general a participar en actividades terroristas, sin mencionar alguna específica, no es suficiente para la aplicación de la norma.[502] La expresión "propaganda para" permite afirmar que no es preciso que se produzca el resultado perseguido por la acción, ni que la acción hubiera sido idónea para alcanzarlo.[503]

321 Para determinar si la expresión constituye una propaganda para obtener miembros o promotores, son aplicables los criterios generales de la determinación del contenido de una declaración. En vista del valor de la libertad de opinión, no puede atribuirse a una declaración un significado que no le corresponde en forma objetiva. En caso de expresiones con multiples significados, no puede atribuirsele el significado que da lugar a la aplicación de

---

501 BGH · Beschluss vom 16. Mai 2007 · Az. AK 6/07, Abs. 28

502 BGH · Beschluss vom 16. Mai 2007 · Az. AK 6/07, Abs. 30; BGH · Beschluss vom 19. Juli 2012 · Az. 3 StR 218/12, Abs. 9

503 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §129, párr. 7

la norma penal, sin antes haber descartado los restantes posibles significados (*véase también en párr. 258 y sig.*).[504]

El § 129a del Código Penal comprende, las variantes de apoyo a una organización terrorista y la propaganda para obtener miembros o promotores. A pesar de que este tipo de acciones suponen en principio un injusto menor que el de fundar o participar como miembro de una organización terrorista, sin embargo, la versión original de la norma, de 1976, establecía la misma pena para todas ellas (privación de libertad de seis meses a cinco años). En 1986 se estableció una pena de privación de libertad de uno a diez años para las variantes de fundar o participar como miembro de una organización terrorista, y una pena de privación de libertad de seis meses a cinco años, para las variantes de apoyo y propaganda.[505] 322

En 2002 fue restringido el tipo penal de la propaganda a una organización terrorista. Mientras que hasta ese momento era punible todo tipo de propaganda, se establece ahora como punible sólo la propaganda para obtener miembros o promotores para la asociación terrorista. Tal modificación tenía la finalidad de fijar una clara delimitación del tipo penal de propaganda y limitarlo a los casos, en los que la penalización era necesaria, incluso bajo la consideración de la libertad de opinión. De tal forma, quedaría excluído de la amenaza penal el ámbito de la llamada propaganda de simpatía. [506] 323

Finalmente, en 2003, el legislador estableció claras diferencias entre las alternativas de apoyo y de propaganda para obtener miembros o promotores. De tal forma, sólo es punible la propaganda para obtener miembros o promotores para una asociación, de las indicadas en el aparte 1 o 2.[507] 324

De tal forma, el legislador excluyó expresamente de la punibilidad todas las 325

504 BGH · Urteil vom 2. April 2015 · Az. 3 StR 197/14, Abs. 19
505 BGH · Beschluss vom 16. Mai 2007 · Az. AK 6/07, Abs. 11
506 BGH · Beschluss vom 16. Mai 2007 · Az. AK 6/07, Abs. 12
507 BGH · Beschluss vom 16. Mai 2007 · Az. AK 6/07, Abs. 13

conductas que se refieran sólo a la propaganda de la ideología y los fines de una asociación terrorista, mientras que la propaganda para obtener miembros o promotores sólo es considerada punible, en el caso de determinadas asociaciones especialmente peligrosas y bajo una amenaza de pena menor que la que corresponde a la variante de apoyo a la asociación. Pretender calificar la propaganda de la ideología y los fines de una asociación terrorista como un apoyo a la asociación terrorista sería contrario al texto y a la voluntad objetiva del legislador que deriva de la interpretación sistemática de la norma. [508]

12.8.2 *La reproducción por la prensa*

326 Con respecto a la reproducción por través de la prensa, de textos que provienen de terceros, han sido desarrollados los siguientes principios, a través de los cuales, la disposición es objeto de interpretación restrictiva, a la luz de la importancia del derecho a la libertad de opinión.

327 No sería suficiente para la aplicación del tipo penal, la reproducción del texto de un tercero, con una tendencia distante y crítica o como parte de una documentación no valorativa. Tales documentaciones tienen una amplia función de información sobre los acontecimientos y se encuentran protegidos por la libertad de prensa, incluso cuando contengan expresiones de asociaciones prohibidas. La línea de la punibilidad sería entonces transgredida en los casos en que la información sobre el texto de la propaganda sólo es una cortina, para alcanzar en realidad el efecto de la propaganda para la asociación.[509]

328 El texto al cual se atribuye un efecto promotor de la actividad de la asociación, debe ser objetivamente idóneo para ser concebido por los destinatarios como una propaganda o promoción de la actividad de la asociación. Además, la finalidad de apoyo a la actividad prohibida de la asociación debe ser reconocible de forma clara. No es suficiente para ello, cuando simplemente, sin hacer

---

508 BGH · Beschluss vom 16. Mai 2007 · Az. AK 6/07, Abs. 17

509 BGH 3 StR 387/96 - Urteil vom 9. April 1997 (LG Nürnberg-Fürth), Abs. 6

referencia a la asociación prohibida, se sostienen los mismos fines que aquella. En el caso de la distribución de un texto de un tercero, debe agregarse que la reproducción de las expresiones del tercero, que claramente apoyan la actividad de la asociación, sean entendidas por el círculo de los lectores destinatarios, en el sentido de que quien las reproduce, también hace suyas y apoya tales declaraciones. Lo determinante para la condena penal es, además de la presentación y la acentuación, así como las eventuales declaraciones de apoyo, especialmente el contexto de redacción y periodístico, en el cual se encuentran las publicaciones. Para ello, debe tomarse en consideración la edición específica, en que fue publicado el texto de un tercero, pero también debe ser considerada una visión panorámica de las demás ediciones, en las cuales puede el lector encontrar una tendencia de la publicación periódica. [510]

12.9 Amotinamiento del pueblo (§ 130)

§ 130. Amotinamiento del pueblo [511] 329

(1) Quien de una manera que sea apropiada para perturbar la paz pública,

1. incite al odio o exhorte a tomar medidas violentas o arbitrarias contra un grupo, caracterizado por su nacionalidad, procencia racial, religiosa o etnica; contra parte de la población o contra individuos, en razón de su pertenencia a uno de los grupos indicados o a una parte de la población, o
2. (*Véase en párr. 338*)

será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.

(2) (*Véase en párr. 350*)

(3) (*Véase en párr. 354*)

(4) (*Véase en párr. 365*)

(...)

510 BGH 3 StR 387/96 - Urteil vom 9. April 1997 (LG Nürnberg-Fürth), Abs. 6

511 Versión del 27 de enero de 2015

12.9.1 *Aspectos generales*

12.9.1.1 *La relación jurídica*

330 Incluso la difusión de las ideas del nacionalsocialismo, como un cuestionamiento radical del orden vigente, no se encuentra desde un principio fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión (*ver en párr. 15*).[512]

331 El bien jurídico protegido es la paz pública, en su concepción de protección de la convivencia pacífica (*véase al respecto, párr. 300*).[513] En su decisión sobre el Homenaje a *Rudolf Heß*, el Tribunal Federal Constitucional dejó sin resolver, la cuestión de si o en qué sentido la norma también podría basarse en la protección de la dignidad de las víctimas de la tiranía y el despotismo del nacionalsocialismo.[514] En una oportunidad anterior, el tribunal había afirmado que el § 130 tiene por objeto la protección de la humanidad y encuentra su respaldo constitucional en el derecho a la dignidad humana.[515] También había señalado el tribunal que la libertad de opinión sólo era objeto de limitación, en el caso de leyes penales que persiguen expresiones antisemitas o rasistas, cuando al mismo tiempo se había producido una afectación de bienes jurídicos, tales como la dignidad humana o el derecho general de la personalidad.[516] En cuanto a la determinabilidad del elemento del tipo de la *"paz pública", vease en párr. 198*.

---

512 BVerfGE 124, 300/320 – Homenaje a *Rudolf Heß*

513 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

514 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

515 BVerfGE 90, 241/251 – Auschwitzlüge. También en ese sentido, Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 1; Lohse, "Türken ist der Zutritt verboten", pág. 1677.Una posicióndistinta, desde el punto de vista del proceso de formación de la norma, Huster, Das Verbot der „Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, pág. 488

516 BVerfGE 111, 147/156 – Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot

12.9.1.2 *El sentido de lo expresado*

Para la subsumición de una expresión o de una conducta, bajo los elementos constitutivos del tipo del § 130 del Código Penal también son aplicables los principios desarrollados a partir del delito de injuria, para la determinación del sentido de lo expresado. [517] *Véase al respecto, párr. 258*

12.9.1.3 *La idoneidad para perturbar la paz pública*

Mientras que en el aparte 4, la perturbación de la paz pública se encuentra configurada como un delito de resultado (*véase en párr. 376*), la idoneidad para perturbar la paz pública en los apartes 1 y 3 determinan el carácter de un delito de peligro potencial.[518] 332

12.9.1.4 *Parte de la población*

Los judíos residentes en Alemania son una *"parte de la población",* así como un *"grupo religioso"*, en razón de que tienen en común, o en todo les es inherente la característica de la religión y la pertenecencia a la nacionalidad judía, lo cual los distingue de los demás grupos de la población, y por su relevancia numérica, lo cual impide determinarlos individualmente.[519] 333

12.9.1.5 *La exclusión del tipo, según el § 86, 3*

Una expresión que cumple con los elementos del § 130, puede encuentra excluida del tipo penal, cuando es realizado con una finalidad legítima, en 334

---

517 BVerfG · Beschluss vom 7. April 2001 · Az. 1 BvQ 17/01
518 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 1
519 LG Freiburg, Urteil vom 06.06.2011 – 7 Ns 85 Js 4476/09 AK 129/10

aplicación del § 86, 3 (*véase en párr. 286*).[520]

12.9.1.6 *La dignidad humana y la libertad de opinión*

335 En los casos en que cuando se encuentra dado el elemento del tipo penal, relativo a la infracción de la dignidad humana (*esto es, en los tipos contenidos en el § 130, aparte 1 Nr. 2 y en el § 130, aparte 2 Nr 1 letra c*), en principio, ya no podrían tomarse en consideración los intereses de la libertad de opinión.[521] Por tal motivo, se requiere siempre una justificación especialmente cuidadosa, para asumir que el ejercicio de un derecho fundamental ha producido la afectación de la dignidad humana, la cual es inviolable.[522] *Véase al respecto en párr. 79*

12.9.2 *La incitación al odio (§ 130, aparte 1.1)*

336 La incitación al odio es la intervención en sentido intelectual y emocional, que es objetivamente idóneo y subjetivamente destinado a crear o incrementar una posición hostil, que excede el simple rechazo o desprecio, en contra de una parte de la población. Debe tratarse de una actuación creadora de una motivación, que al mismo tiempo propicie un terreno abonado para la disposición a cometer excesos en contra del grupo poblacional afectado.[523]

337 La expresión *"Detengan la invasión de trabajadores extranjeros"* no contiene un exhorto a otras personas a asumir determinadas medidas en contra del mencionado grupo de la población. Un significado de tal naturaleza tampoco deriva de la interpretación del texto. No es posible suponer que se pretenda una deportación violenta, contraria a la Constitución y a las leyes, de los trabajadores extranjeros que residen en

---

520 BGHSt 46, 36/42 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln I; BGHSt 47, 278/282 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln II; BGHSt 46, 212/217 – Volksverhetzung im Internet

521 BVerfG · Beschluss vom 6. September 2000 · Az. 1 BvR 1056/95, Abs. 43; BVerfG · Beschluss vom 25. März 2008 · Az. 1 BvR 1753/03, Abs. 44

522 BVerfGE 93, 266/293 – Soldaten sind Mörder

523 LG Freiburg, Urteil vom 06.06.2011 – 7 Ns 85 Js 4476/09 AK 129/10

el país.[524]

12.9.3 *Insultar, despreciar malintencionadamente (§ 130, aparte 1.2)*

Caso: Devolución de Extranjeros 338
Los recurrentes eran miembros de la Asociación Unión de Ciudadanos de Augsburg – Oposición Nacional y colocaron pancartas en la ciudad con los siguientes textos: *Acción Devolución de Extranjeros; Semana de la acción del 3 de junio al 17 de junio de 2002. Por un Augsburg alemán, digno de habitar; Unión de Ciudadanos de Augsburg – Oposición Nacional.*

§ 130. Amotinamiento del pueblo [525] 339
(1) Quien de una manera que sea apropiada para perturbar la paz pública,
1. (*véase en párr. 329*)
2. agreda la dignidad humana de otros injuriando, despreciando malintencionadamente o difamando alguno de los grupos indicados o parte de la población o a un individuo, por su pertenencia a alguno de los grupos indicados,

será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.
(2) (*Véase en párr. 350*)
(3) (*Véase en párr. 354*)
(4) (*Véase en párr. 365*)
(...)

12.9.3.1 *La agresión a la dignidad humana*

La dignidad humana no resulta afectada siempre que una expresión agreda el honor o la personalidad general de otro. Más bien se requiere que con lo expresado se ponga en duda o que se niege el derecho a la vida, que ostenta el 340

524 VGH Baden-Württemberg · Beschluss vom 28. April 2011 · Az. 1 S 1250/11, Abs. 22
525 Versión del 27 de enero de 2015

efectado como una persona de igual valor en la sociedad y que sea objeto de un trato como un ser de menor valor. De tal forma la agresión debe dirigirse en contra del contenido medular de dignidad humana, que sirve de fundamento a la personalidad.[526]

341 Con la noción de la dignidad humana se vincula el derecho de respeto al ser humano, el cual prohíbe que la persona sea reducida a un simple objeto del estado o sometida a un trato que ponga en duda su calidad de sujeto. De tal forma, la noción de la dignidad humana es descrita con frecuencia desde el punto de vista de su infracción. La afectación en la dignidad humana puede consistir en denigración, estigmatización, persecución, proscripción y, con ello, en toda conducta que que ponga en duda la calidad de sujeto del afectado. Por ello, la simple afectación del honor de una persona no puede ser calificada como una afectación de la dignidad humana. Más bien es necesario, que se niege el derecho de la persona afectada a ser considerada de igual valor en la sociedad. La afectación debe dirigirse en contra del núcleo de la personalidad que constituye la dignidad humana y no simplemente en contra de determinados derechos de la personalidad.[527] *Véase también, párr. 397.*

342 Si bien la expresión "*La revistica judía "Der Spiegel'" debe acudir siempre a los judíos y a otros grupetes, para alentarlos contra los alemanes*", constituye una forma de despreciar malintencionadamente a ese grupo de la población y religioso, sin embargo, no supone una negación del derecho a la vida y de la condición humana, por lo que no constituye una agresión a la dignidad humana.[528]

343 La expresión *"Detengan la invasión de trabajadores extranjeros"* se refiere a la opinión, según la cual debe impedirse el ingreso de fuerza de trabajo extranjera y que los grupos de población de trabajadores extranjeros debe abandonar el país y retornar a sus lugares de origen, no evidencia que se ponga en duda o que se agreda el derecho a

526 BVerfG · Beschluss vom 25. März 2008 · Az. 1 BvR 1753/03, Abs. 44. En contra de un concepto restringido de dignidad humana, que excluya la simple dsicriminación, Lohse, "Türken ist der Zutritt verboten", pág. 1679

527 BVerfG · Beschluss vom 4. Februar 2010 · Az. 1 BvR 369/04, Abs. 32

528 LG Freiburg, Urteil vom 06.06.2011 – 7 Ns 85 Js 4476/09 AK 129/10

la vida, como personas de igual valor en la sociedad y su dignidad humana.[529]

Con las expresiones "*un motivo para celebrar*" (al negar que hubieran muerto 4 millones de personas en Auschwitz), y "*con una idea maliciosa nos ha esclavizado durante medio siglo*" (con respecto al sentimiento de culpa de los alemanes en torno al supuesto holocausto), se procura despertar sentimientos hostiles en contra de los judíos en general y en contra de los judíos residentes en Alemania; se considera dada una agresión en contra de la dignidad humana. [530] 344

12.9.3.2 *Despreciar malintencionadamente*

Sería contrario al efecto irradiante de la libertad de opinión, una interpretación, según la cual toda expresión hostil contra los extranjeros constituya un hecho punible.[531] 345

El Tribunal Federal Constitucional ha calificado los calificativos de *"ponedores de bombas"* y *"cañones de semen"* como un desprecio a las personas de religión islámica y una instrumentalización de los musulmanes como forma de proyección para justificar una deportación de todos los extranjeros.[532] 346

El elemento del tipo del § 130, aparte 1.2, por lo menos en la forma de la injuria, se encuentra dado con las expresiones "*un motivo para celebrar*" (al negar que hubieran muerto 4 millones de personas en Auschwitz), y "*con una idea maliciosa nos ha esclavizado durante medio siglo*" (con respecto al sentimiento de culpa de los alemanes en torno al supuesto holocausto). [533] 347

Esquema del Caso: Devolución de Extranjeros 348
El tribunal de instancia afirmó que las frases *Acción Devolución de Extranjeros; Por un Augsburg alemán, digno de habitar*, permitía deducir por interpretación en contrario que la ciudad con extranjeros no era atractiva para ser habitada, de lo cual

529 VGH Baden-Württemberg · Beschluss vom 28. April 2011 · Az. 1 S 1250/11, Abs. 21
530 BGHSt 46, 212/217 – Volksverhetzung im Internet
531 BVerfG · Beschluss vom 7. April 2001 · Az. 1 BvQ 17/01, Abs. 34; BVerfG · Beschluss vom 4. Februar 2010 · Az. 1 BvR 369/04, Abs. 37
532 BVerfG Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, Abs. 736
533 BGHSt 46, 212/216 – Volksverhetzung im Internet

derivaba un desprecio malicioso, así como una infracción de la dignidad humana de los extranjeros que habitan la ciudad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal advirtió que el enunciado no sólo podía tener el significado indicado. Por el contrario, también podía ser entendido, en el sentido de un programa de mejoramiento de las condiciones de vida en la ciudad, en el cual los extranjeros eran considerados como un problema, sin que con ello se les califique de despreciables. Si bien es cierto que el sentido hostil a los extranjeros es contrario a la expectativa de tolerancia de la población alemana frente a los extenjeros, que es propia del orden fundamental de la democracia liberal. Sin embargo, no toda expresión hostil contra los extranjeros sería punible. En criterio del Tribunal Federal Constitucional, no sería conforme a los principios para la determinación del significado de lo expresado, que el texto sea interpretado como un desconocimiento al principio de igualdad y una desvalorización de los extranjeros, al punto de poner en duda su derecho a convivir en la sociedad. Tal interpretación no podría basarse en el sentido literal de lo expresado. En el texto no se expresa la minusvalía de los extranjeros ni se les atribuye en forma generalizada un comportamiento o características intolerables en la sociedad. [534]

12.9.4 *La distribución de publicaciones (§ 130 aparte 2)*

349 *Caso: La negación del holocausto (la distribución de publicaciones)*
El 17 de abril de 2005 visitó el recurrente la posada "B", en la cual sólo se encontraba el propietario. El recurrente lo abordó con una discusión sobre los sucesos en Alemania durante el Tercer Reich. Además le entregó una carpeta con material informativo en forma de dos escritos de discursos que había sostenido públicamente, así como varios artículos contra la opresión de la verdad en Alemania, entre ellas, la mentira hirtórica sobre la invasión a Polonia en 1939 y sobre la responsabilidad de los funcionarios sobre el inicio de la segunda guerra mundial. En el primiero de ellos se afirma entre otras cosas, que había sido demostrado científicamente que no hubo cámaras de gas contra personas. El holocausto a los judíos era calificado como una mentira con una finalidad específica.

350

534 BVerfG · Beschluss vom 4. Februar 2010 · Az. 1 BvR 369/04, Abs. 37

§ 130. Amotinamiento del pueblo [535]

(1) (*Véase en párr. 329*)

(2) Con pena de privación de la libertad hasta tres años o con multa será castigado quien:

1. distribuya o permita el acceso al público de una publicación (§ 11 aparte 3)[536] u ofrezca, transmita o permita el acceso a una persona menor de 18 años, de publicaciones (§ 11 aparte 3), que

a) incite al odio en contra de un grupo, indicado en el aparte 1 número 1, en contra de parte de la población o contra un individuo, en razón de su pertenencia a un grupo, indicado en el aparte 1 número 1 o a parte de la población.

b) llame a la violencia o medidas arbitrarias en contra de las personas indicadas en el literal a) o,

c) afecte la dignidad humana de las personas indicadas enel literal a o de una pluralidad de personas, a través de insultos, desprecio malintencionado o difamación.

2. Haga de acceso publico alguno de los contenidos indicados en el numero 1 literales a) al c), por medio de radiodifusión o telemedios o a una persona menor de 18 años

3. Produzca, refiera, envíe, mantenga en inventario, ofrezca, adquiera o procure importar o exportar una publicación (§ 11 aparte 3) con el contenido indicado en el numero 1 literales a al c, para ser utilizado en el sentido del número 1 o 2, o para hacer posible ese uso por parte de otra persona,

(3) (*Véase en párr. 354*)

(4) (*Véase en párr. 365*)

(...)

El legislador ha tomado en consideración la importancia valorativa de la libertad de opinión, al no disponer la punibilidad de toda forma de expresión, sino sólo la distribución. En esta conducta, el legislador considera que ha sido transgredido el límite de la infracción del bien jurídico. 351

535 Versión del 27 de enero de 2015

536 Equivalen a las publicaciones: los soportes de sonido e imagen; los almacenamientos de datos; las reproducciones; y, otras representaciones en aquellos preceptos que remitan a este inciso.

352 El criterio decisivo, para determinar si se encuentra dada la distribución es siempre, que se hace posible el acceso a la publicación de un gran número de personas, que ya no resulta controlable. Por ello, el legislador ha excluido de la punibilidad del § 130 aparte 2 Nr. 1a del Codigo Penal, el simple intercambio de tales publicaciones entre dos personas y, con ello, la simple expresión de una opinión concreta como tal.[537]

353 *Esquema del Caso: La negación del holocausto (la distribución de publicaciones)*

(*Viene del párr. 64*). El recurrente entregó las publicaciones al propietario de la posada con el objeto de que se informara acerca de los sucesos que habrían ocurrido realmente. Para ello sólo le entregó unejemplar de cada publicación. No había en ese momento otras personas presentes en el lugar. El recurrente no requirió al dueño de la posada la exibición de las publicaciones a los huéspedes ni procuró de otra forma su difusión. Éste tampoco transfirió las publicaciones a terceras personas, sino que presentó la denuncia ante la policía. [538]
En la medida en que las decisiones recurridas interpretaron de forma extensiva el elemento del tipo de la *"distribución"* de publicaciones, para subsumirlo en el tipo del § 130 aparte 2, num. 1 del Código Penal, desconocieron la importancia del derecho a la libertad de opinión. De tal forma, colocaron la simple expresión de una opinión como un hecho punible, en lugar de la forma de la comunicación, la cual determina la transgresión hacia la infracción de bienes jurídicos.[539]

12.9.5 *Aprobar, negar o trivializar crímenes (§ 130, 3)*

354 (3) Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa es castigado quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o trivialice una conducta cometida bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el § 6 aparte 1 del Código Penal Internacional, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública

537 BVerfG · Beschluss vom 9. November 2011 · Az. 1 BvR 461/08, Abs. 32
538 BVerfG · Beschluss vom 9. November 2011 · Az. 1 BvR 461/08, Abs. 34
539 BVerfG · Beschluss vom 9. November 2011 · Az. 1 BvR 461/08, Abs. 33

12.9.5.1 *Aprobar, negar o trivializar*

El tipo penal de aprobar, negar o trivializar crímenes de genocidio del pueblo judío bajo el régimen del nacionalsocialismo, introducido en el Código Penal en 1994, se encuentra especialmente referido al genocidio cometido en contra de los judíos bajo el régimen nacionalsocialista. La norma sólo comprende determinadas expresiones negativas, en el contexto de la responsabilidad histórica que tiene Alemania.[540] 355

La norma tiene por objeto impedir la propaganda de extrema derecha, debido a sus efectos perjudiciales en el clima político. La norma pretendía facilitar la aplicación práctica del § 130 e incrementar el efecto general preventivo de la norma penal, específicamente en cuanto a la difamación y discriminación de los conciudadanos judíos. [541] 356

La *aprobación* se encuentra referida a la valoración positiva de un hecho después que ha sido cometido.[542] Este es el caso, cuando el sujeto señala los hechos criminales como correctos, aceptables o necesarios, de forma expresa o implícita.[543] Debe tratarse de una clara declaración de conformidad, que permita identificar un hecho concreto.[544] 357

Se requiere una declaración de conformidad, de que el delito ha sido cometido de tal manera, que el sujeto apoya moralmente al que lo comete. Este elemento del tipo debe ser de interpretación restrictiva, especialmente debido a los principios de determinabilidad y de *ultima ratio* del derecho penal. Una aprobación no se encuentra dada cuando la expresión plantea una confrontación con respecto a los posibles motivos

---

540 BGHSt 47, 278/280 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln II
541 BGHSt 46, 36/40 - Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln I
542 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 8
543 OLG Brandenburg, 12.04.2017 - (1) 53 Ss 17/17 (13/17), Abs. 6
544 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 8

del delito. [545]

358 La *negación* es el rechazo, la puesta en discusión o la acción de desmentir un hecho histórico. Sólo puede negarse (en el sentido de la norma) lo que es cierto, por lo que la puesta endiscusión de hechos todavía controvertidos científicamente no se ncuentran comprendidas en la norma. La puesta en duda o el cuestionamiento de un hecho no resultaría suficiente desde el punto de vista del tipo, de acuerdo con la posición dominante.[546]

359 El elemento activo de la *trivialización*, se encuentra dado cuando el que se expresa, subestima el verdadero significado del holocausto. Con ello, deben ser comprendidas todas las posibles facetas de la incitación, así como el grave desprecio discriminatorio.[547]

360 En la distinción entre las variantes de los elementos del tipo penal se produce una cierta gradación. Entre las variantes de probar y de la trivialización "*cualitativa*" por una parte y de la negación parcial y la trivialización "*cuantitativa*", por otra parte, se evidencia poca claridad.[548]

361 El 21/11/2015 el acusado se encontraba en una picina recreacional. Durante su permanencia estuvo vestido con pantalones cortos, por lo que el tatuaje de la parte superior del cuerpo era visible para cualquier persona.Un tatuaje que se extiende por todo el ancho de la espalda muestra la Puerta del Campo de Concentración de Auschwitz-Birkenau. En la parte inferior se encuentra la inscripción en letras góticas: "*A cada quien lo suyo*", expresión que corresponde a la Puerta del Campo de Concentración de Buchenwald. Para cualquier espectador informado, la referida acción constituye una aprobación del genocidio cometido contra los judíos, bajo el régimen del nacionalsocialismo, lo cual ha sido históricamente demostrado y abiertamente conocido,

---

545 OLG Karlsruhe Beschluß vom 11.5.2017, 2 Rv 9 Ss 177/17, Abs. 15
546 BGH · Beschluss vom 3. Mai 2016 · Az. 3 StR 449/15, Abs. 7
547 BGHSt 46, 36/40 - Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln I
548 BGHSt 47, 278/281 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln II

por lo que cumple los presupuestos del § 130, 3 del Código Penal.[549]

12.9.5.2 *La idoneidad para perturbar la paz pública*

A diferencia del aparte 4, la idoneidad para perturbar la paz pública en los apartes 1 y 3 determinan el carácter de un delito de peligro potencial.[550] 362

El peligro de la paz pública se plantea por regla general con expresiones que aprueban, niegan o trivialicen los crímenes de genocidio del pueblo judío bajo el régimen del nacionalsocialismo. Tales expresiones no sólo afectan la dignidad y reputación de los sobrevivientes así como especialmente de las víctimas y sus familiares, en una forma intolerable para toda la comunidad. Las expresiones de esa naturaleza, realizadas en público constituyen un peligro para la convivencia pacífica. Las mismas pueden dar lugar a una legítima indignación, así como un miedo comprensible frente a la peligrosa expansión de tal punto de vista, el cual adicionalmente puede afectar el respeto internacional, que ha sido reestablecido con esfuerzo.[551] 363

Una trivialización del holocausto puede ser idónea para perturbar la paz pública, en el sentido del § 130, 3, a pesar de haber sido realizada por un abogado defensor en juicio y no tuvo lugar en un debate público. Un indicio impotante de la idoneidad para la perturbación de la paz pública puede derivar del considerable efecto de intranquilidad pública producido efectivamente. En el caso concreto tal circunstancia aparecía suficientemente demostrada por la resonancia pública, por los informes de la prensa y el ingreso de numerosas denuncias ante la Fiscalía del Estado.[552] 364

12.9.6 *Aprobar, exaltar o justificar el nacionalsocialismo (§ 130, 4)*

(4) Con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa es castigado quien públicamente o en una reunión, de manera que afecte la dignidad de las víctimas, 365

549 OLG Brandenburg, 12.04.2017 - (1) 53 Ss 17/17 (13/17), Abs. 7
550 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 1
551 BGHSt 47, 278/280 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln II
552 BGHSt 46, 36/42 – Volksverhetzung durch Verteidigerhandeln I

perturbe la paz pública, al aprobar, exaltar o justificar el régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo,
(...)

12.9.6.1 *Las leyes generales*

366 Aunque no sea una ley general, el Tribunal Federal Constitucional consideró que el § 130 aparte 4 del Código Penal es compatible con el artículo 5 apartes 1 y 2 de la Ley Fundamental (*véase al respecto, párr. 106*).

12.9.6.2 *La determinabilidad de la ley*

En cuanto a la determinabilidad (*véase en párr. 194*) del elemento del tipo de la *"paz pública",* el Tribunal Federal Constitucional estableció que, en el contexto del § 130 aparte 4 del Código Penal la perturbación de la *"paz pública"* es un elemento determinable. El mismo consiste en el aumento del nivel de disposición a la violencia y en la amenaza del efecto, que en el especial trasfondo de la historia alemana, corresponde a tales expresiones.[553]

12.9.6.3 *La idoneidad del § 130 párr. 4*

367 El Tribunal Federal Constitucional analizó la idoneidad del § 130 párr. 4 del Código Penal desde dos puntos de vista. Una vez establecido que la paz pública constituye un bien jurídico idóneo (legítimo) para justificar la limitación (*véase en detalle, párr. 269*), el tribunal se pronunció acerca de si, la apreciación del legislador, según la cual, la aprobación del régimen de tiranía y despotismo de aquél tiempo, podría afectar la paz pública, constituiría una apreciación constitucionalmente adecuada (*véase al respecto, párr. 154*).[554]

---

553 BVerfGE 124, 300/341 – Homenaje a *Rudolf Heß*
554 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

Por otra parte, en la medida que el castigo se extiende no sólo a las declaraciones en público, sino también a aquellas realizadas en reuniones privadas, la configuración del § 130 párr. 4 del Código Penal no es contrario al principio de idoneidad. El legislador podía asumir que la aprobación del régimen de tiranía y despotismo suele causar reacciones externas incluso a partir de reuniones privadas. En la medida en que ello no ocurra en los individuales, puede ser utilizado el criterio adicional de perturbación la paz pública, como un correctivo.[555] En tales casos no se trata de un elemento del tipo que sirva de fundamento a la sanción penal, sino más bien de una *"fórmula de valoración para descartar los casos no punibles."*[556] 368

12.9.6.4 *La necesidad del § 130 párr. 4*

El Tribunal Federal Constitucional se pronunció brevemente, para señalar que el § 130 párr. 4 del Código Penal no resultaba contrario al principio de necesidad. No podía establecerse un medio menos gravoso, que en una forma igualmente eficaz, brinde protección frente a las infracciones a los bienes jurídicos de la norma citada.[557] La argumentación ha sido objeto de críticas, debido a su parquedad, a pesar de la existencia de interesantes argumentos en contra.[558] 369

12.9.6.5 *La proporcionalidad del § 130 párr. 4*

El § 130 párr. 4 del Código Penal también es en su configuración conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto. En una interpretación conforme al artículo 5 aparte 1 de la Ley Fundamental, la disposición da lugar a un adecuado equilibrio entre la libertad de opinión y la protección de la paz pública. No se trata de una configuración excesivamente amplia, en el sentido 370

555 BVerfGE 124, 300/336 – Homenaje a *Rudolf Heß*
556 BVerfGE 124, 300/339 – Homenaje a *Rudolf Heß*
557 BVerfGE 124, 300/337 – Homenaje a *Rudolf Heß*
558 Wüstenberg, Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?, pág. 472

que en su contenido sólo establezca como punible la difusión de convicciones de extrema derecha o a la ideología del nacionalsocialismo. No se prohibe ni una opinión que valore positivamente las medidas del régimen nacionalsocialista, ni una referencia positiva de los días lugares o formas, a las cuales corresponda un sentido con fuerza simbólica de peso que recuerde a aquellos tiempos. La amenaza penal se limita a la aprobación de los hechos históricos originados por el régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo, por el cual Alemania tiene una especial responsabilidad histórica, aún vigente. En forma complementaria, el tipo penal exige, que la reafirmación prohibida se realice de hecho, tal como puede esperarse por regla general, en una forma que lesione la dignidad de las víctimas y que conduzca a una perturbación de la paz pública.[559]

371 Situaciones atípicas, en las que en el caso concretola limitación de la libertad de opinión resulte desproporcionada, pueden ser comprendidas en un elemento del tipo. En tales casos, la *"paz pública"* constituye un elemento adicional, que tiene una función correctiva. En tales casos no se trata de un elemento del tipo que sirva de fundamento a la sanción penal, sino más bien de una *"fórmula de valoración para descartar los casos no punibles."*[560]

12.9.6.6 *El efecto recíproco*

372 La interpretación y aplicación del § 130 párr. 4 del Código Penal debe ser realizada, de forma que se garantice el contenido de la libertad de opinión ese derecho. Debe producirse un efecto recíproco, en el sentido de que si bien las leyes establecen limitaciones al derecho fundamental, de acuerdo con interpretación literal, por su parte, las mismas deben ser interpretadas a partir del reconocimiento del derecho fundamental en un estado de democracia liberal, y de tal forma debe ser restringido su efecto limitante sobre el derecho

559 BVerfGE 124, 300/337 – Homenaje a *Rudolf Heß*
560 BVerfGE 124, 300/339 – Homenaje a *Rudolf Heß*

fundamental (*véase en detalle, párr. 242*).[561]

12.9.6.7 *Aprobar, exaltar o justificar*

Las acciones de aprobar, exaltar o justificar no se encuentran por completo aisladas entre sí, sino generalmente se solapan.[562] La aprobación se encuentra referida a la valoración positiva de un hecho después que ha sido cometido (*véase también, párr. 357*).[563] La exaltación significa un acento del valor positivo de un hecho violento, por sus beneficios, como una aventura valiosa, como prueba de valor o de capacidad o como una oportunidad valiosa para alcanzar la fama, el reconocimiento o méritos (*véase también, párr. 395*).[564] La justificación está referida a la defensa del régimen nacionalsocialista como necesario, o la presentación de la tiranía, el despotismo o la violación de derechos humanos, como correctos.[565] 373

12.9.6.8 *De manera que afecte la dignidad de las víctimas*

Con el concepto de dignidad humana, la ley hace referencia clara al contenido del Art. 1 párr. 1 frase 1 GG (*véase al respecto, párr. 397*). 374

12.9.6.9 *El régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo*

Para la aplicabilidad del § 130 aparte 4 StGB se requiere que la aprobación a que se refiere esa disposición, se encuentre relacionada específicamente con el nacionalsocialismo, como un régimen histórico de tiranía y despotismo. Entendido como un concepto, que describe las violaciones a derechos humanos 375

561 BVerfGE 124, 300/342 – Homenaje a *Rudolf Heß*
562 OLG Brandenburg, 12.04.2017 - (1) 53 Ss 17/17 (13/17), Abs. 6
563 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 8
564 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §131, párr. 6
565 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 8b

que caracterizaron el nazismo y con ello históricamente actos reales de naturaleza criminal, está referido a infracciones del derecho, cuya evocación en sentido positivo en público o en una reunión hace realizable una eventual repetición y que puede poner en peligro el carácter pacífico de la controversia política.[566]

12.9.6.10 *La perturbación de la paz pública*

376 La expresión debe haber perturbado la paz pública. Se trata de un delito de resultado.[567] De acuerdo con el texto de la norma, la perturbación debe haberse producido, es decir, que debe ser comprobable empíricamente, que la conducta, más que una mera confrontación ideológica, produce por una parte la resistencia a ella o genera intimidación y por otro lado tiene un efecto de desinhibición en los partidarios, destinatarios de tales convicciones.[568] *Véase también, párr. 274*

12.9.6.11 *La presunción de elementos constitutivos del tipo*

377 El Tribunal Federal Constitucional afirmó que si de acuerdo con los parámetros indicados, se presenta una aprobación, exaltación o justificación del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo, no es cuestionable desde el punto de vista constitucional, que de allí se derive *la presunción* de que la dignidad de las víctimas resulta afectada por tales expresiones.[569]

378 De igual forma, en el caso de una aprobación del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo que se corresponda con los elementos del tipo, *puede presumirse*, en principio, una perturbación de la paz pública. El

---

566 BVerfGE 124, 300/343 – Homenaje a *Rudolf Heß*

567 Wüstenberg, Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?, pág. 474; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 1

568 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß;* Wüstenberg, Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?, pág. 474

569 BVerfGE 124, 300/344 – Homenaje a *Rudolf Heß*

elemento del tipo de la perturbación de la paz pública tiene por función principal la detección de situaciones atípicas en las que no es aplicable la presunción de perturbación de la paz debido a circunstancias especiales, por lo que debe imponerse la libertad de opinión. Esto debe ser tomado en consideración, en los casos concretos, en que pueden ser excluidos los efectos de incitación a la violencia, los efectos intimidatorios y amenazantes, acaso porque las expresiones son realizadas en pequeñas reuniones cerradas que alcanzan poca difusión, o quedan al margen o, bajo las circunstancias concretas, no puedan ser tomadas en serio.[570]

Estas afirmaciones del Tribunal Federal Constitucional pueden conducir al error. Una interpretación textual de tales argumentos podrían dar lugar a considerar la existencia de una *"regla de la presunción"* incorporada por el tribunal, la cual tendría el efecto de convertir el tipo del § 130 aparte 4 StGB en un delito de peligro abstracto, en lugar de un delito de resultado.[571] 379

No compartimos esta posición. Además de la aprobación, exaltación o justificación del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo, la norma establece también como elementos constitutivos del tipo la afectación de la dignidad de las víctimas y la perturbación de la paz pública. Estos elementos permiten evitar una configuración excesivamente amplia de la norma penal, que establezca como punible cualquier difusión de convicciones de extrema derecha o de la ideología del nacionalsocialismo. Una prohibición de tal naturaleza no sería compatible con la libertad de opinión, tal como lo estableció el propio tribunal en la sentencia base.[572] Todos estos elementos constitutivos del tipo penal deben darse en el caso concreto. Una interpretación que deje de lado alguno de estos elementos, daría lugar a una ampliación de la punibilidad, de forma no prevista en la norma. Ello sería contrario al principio de prohibición de la analogía o *lex stricta* (*véase al respecto, párr. 202*). 380

570 BVerfGE 124, 300/344 – Homenaje a *Rudolf Heß*
571 Wüstenberg, Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?, pág. 475
572 BVerfGE 124, 300/337 – Homenaje a *Rudolf Heß*

381 Pero la afirmación del Tribunal Federal Constitucional tambien puede tener otro significado, especialmente por la referencia que se hace con respecto a la sentencia del Tribunal Federal Administrativo en el mismo juicio. El Tribunal Federal Administrativo había rechazado expresamente que la aprobación de las violaciones de derechos humanos del régimen del nacionalsocialismo pudiera indicar el peligro inmediato a la dignidad humana. Señaló que el elemento referido a la dignidad humana tiene un significado propio. Se requiere en tal medida una revisión en el caso concreto de si realmente puede producirse la afectación de la dignidad humana. No habría lugar para una presunción de tal naturaleza. No sería conforme al significado propio del elemento constitutivo del tipo de la violación a la dignidad humana, si se estableciera una relación de regla-excepción, según la cual la aprobación, exaltación o justificación del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo, por regla general también produciría la infracción de la dignidad humana de las víctimas, a menos que se presentaran otras circunstancias extraordinarias. Pero esto no excluye, que en buen número de casos, la aprobación, etc, del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo coincide con la afectación de la dignidad humana de las víctimas.[573]

382 En el caso de una manifestación, en la cual puede esperarse que se exprese una aprobación incondicional a la totalidad del del régimen del nacionalsocialismo, incluidos sus actos criminales y con ello, la persecución y homicidio de millones de judíos, por motivos religiosos, puede afirmarse una infracción de la dignidad humana.[574]

383 Según el Tribunal Federal Administrativo, siempre que se presenta una identificación clara con la ideología racista del nacionalsocialismo, se encuentra dada también una infracción de la dignidad humana de las víctimas fallecidas y sobrevivientes de tal ideología.[575]

---

573 BVerwG, Urteil vom 25.06.2008 - 6 C 21.07, Abs. 48
574 BVerwG, Urteil vom 25.06.2008 - 6 C 21.07, Abs. 49
575 BVerwG, Urteil vom 25.06.2008 - 6 C 21.07, Abs. 49

12.10 Instrucciones para la comisión de delitos (§ 130ª)

§ 130a. Instrucciones para la comisión de delitos [576] 384

(1) Quien distribuya o haga publicamente accesible una publicación (§ 11 aparte 3), [577] que sea idónea para servir de instrucciones para la comisión de un hecho antijurídico, de los citados en el § 126 aparte 1 y que según su contenido esté determinado a promover o despertar la disposición de otros para cometer tal hecho, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De la misma manera será castigado quien

1. distribuya o haga publicamente accesible una publicación (§ 11 aparte 3), que sea idoneo para servir de instrucciones para la comisión de un hecho antijurídico de los citados en el § 126 aparte 1 o
2. públicamente o en un reunión dé instrucciones para la comisión de uno de los hechos antijurídicos señalados en el § 126 aparte 1, para promover y despertar la disponibilidad de otros a cometer tal hecho.

(3) De acuerdo con el aparte 1 también es castigado, quien haga publicamente accesible un contenido de los indicados en el aparte 1 o en el aparte 1 numero 1, por medio de la radiodifusión o telemedios.

(4) El § 86 aparte 3, rige en lo pertinente.

El bien jurídico protegido es la paz pública (*véase al respecto, párr. 300*).[578]. Las variantes del § 130ª están referidas a los delitos del catálogo contenido en el § 126 aparte 1 (*véase al respecto, párr. 311*). 385

Las *instrucciones* para la comisión de un delito están referida a la indicación de la información técnica necesaria para hacer posible un delito, incluyendo su 386

576 Versión del 27 de enero de 2015

577 Equivalen a las publicaciones: los soportes de sonido e imagen; los almacenamientos de datos; las reproducciones; y, otras representaciones en aquellos preceptos que remitan a este inciso.

578 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130a, párr. 1

preparación, con la tendencia hacia su promoción.[579]

387 El elemento de *idoneidad* debe ser de interpretación restrictiva, para garantizar la protección de la libertad de opinión. No es suficiente que la información sea utilizada para la planificación de un delito previsto en el catálogo, sino que se requieren directrices especialmente dirigidas a acciones violentas y destructivas del catálogo. Por ello deben exceptuarse aquellas publicaciones de investigación científica, escritos de patentes, y otras, en las cuales no se encuentra dado el elemento de la *promoción* de tales hechos.[580]

12.11 Representación de violencia (§ 131 aparte 1)

388 §131. Representación de violencia [581]

(1) 1 Es castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa, quien

1. publicaciones (§ 11, aparte 3) que describen actos de violencia crueles o inhumanos contra seres humanos o seres similares a los humanos, de una manera que expresen una glorificación o trivialización de tales actos violentos, o que representen la crueldad o inhumanidad del proceso de una manera que lesione la dignidad humana,

a) las divulgue o las haga accesible públicamente

b) las ofrezca, ceda, o haga accesible, a una persona menor de 18 años

2. haga accesible por medio de la radiodifusión o telemedios, un programa del contenido descrito en el aparte 1

a) a una persona menor de 18 años

b) al público, o

3. produzca, suscriba, suministre, tenga disponible, ofrezca, anuncie, o trate de importar o exportar publicaciones o parte de ellas (§ 11, aparte 3) del contenido descrito en el aparte 1, para utilizarlas en el sentido indicado en el aparte 1, literal a o b o el numeral 2 o para hecer posible su uso por otra persona.

---

579 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130a, párr. 2

580 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130a, párr. 4

581 Versión basada en la 49ª Ley de Reforma del Código Penal – Desarrollo de las directrices europeas sobre derecho penal sexual del 21.01.2015 (BGBl. I S. 10), en vigencia desde el 27.01.2015

(...)

12.11.1 *Los elementos del tipo*

El § 131 aparte 1 del Código Penal exige la presentación en una forma contraria a la dignidad humana, como un elemento especial del tipo, que debe ser realizado adicionalmente a la descripción de la violencia. De tal forma, ni la frecuencia, ni el detalle, ni lo llamativo de la presenciación de la violencia, son suficientes para considerar cumplido el tipo penal. De lo contrario, no podría establecerse con suficiente claridad, en qué casos un film de aventura o de crímen incurre en el tipo penal indicado[582] (véase al respecto, párr. 205). 389

El elemento del tipo "*humano*" es suficientemente determinado, en cuanto alude a la noción biológica del ser humano (*véase al respecto, párr. 204*). 390

Una conducta es *cruel*, cuando lleva a cabo la aplicación de fuertes dolores o sufrimiento corporal o psicológico y además permite reconocer una actitud brutal e despiadada de quien la comete. [583] 391

El elemento del tipo "*inhumano*" pretende expresar, que se actúa con un sentido de desprecio, sin consideración o despiadado, por ejemplo, cuando el delincuente siente placer, actúa completamente sin razonamiento o friamente al maltratar o asesinar a otro.[584] 392

La noción de "*violencia*" puede ser interpretada como una acción agresiva o el uso de fuerza física en forma directa o indirecta sobre el cuerpo de una persona, en forma que se afecte o se ponga en peligro concreto su integridad física o psicológica. [585] 393

---

582 BVerfGE 87, 209/229 – Tanz der Teufel
583 BVerfGE 87, 209/226 – Tanz der Teufel
584 BVerfGE 87, 209/226 – Tanz der Teufel
585 BVerfGE 87, 209/227 – Tanz der Teufel

394 Las acciones violentas deben ser *descritas*, esto es, deben ser expuestas de directamente de forma optica o acustica. La descripción debe hacer reconocible el proceso cruel o inhumano para el lector o expectador promedio (*véase al respecto, párr. 261*).[586]

395 El § 131 exige además que la violencia se produzca de forma que tenga el sentido de una exaltación o de una trivialización de tales procesos crueles o inhumanos. La *exaltación* está referida a darle una fama de algo grandioso, imponente o heroico. Ello no ocurre con una simple valoración positiva, sino de un nivel más elevado, de forma que sea interpretado como sobresaliente o señorial (*véase también, párr. 373*). [587]

396 Una *trivialización*, al igual que la exaltación, es una valoración que exede la simple reproducción, independientemente del nivel de detalle. Una representación neutral, sin carácter valorativo no sería suficiente desde el punto de vista de los elementos del tipo. Tampoco sería suficiente la simple omisión de una acentuación del desvalor de la conducta representada (*véase también, párr. 359*).[588]

12.11.2 *La lesión de la dignidad humana*

397 Con el concepto de dignidad humana, la ley hace referencia clara al contenido del Art. 1 párr. 1 frase 1 GG. El Tribunal Federal Constitucional entiende la dignidad humana como un principio estructural en el sistema de los derechos fundamentales. Con él se encuentra vinculado el valor social y el respeto por la afirmación del ser humano, que prohíbe hacer de la persona un mero objeto del estado o sumenterlo a un tratamiento que ponga en duda su calidad de sujeto. La dignidad humana en este sentido no es sólo la dignidad individual de cada persona, sino la dignidad de la persona como especie. Todos tienen dignidad

586 VG Köln · Urteil vom 28. November 2014 · Az. 19 K 5130/13, Abs. 51
587 VG Köln · Urteil vom 28. November 2014 · Az. 19 K 5130/13, Abs. 55
588 VG Köln · Urteil vom 28. November 2014 · Az. 19 K 5130/13, Abs. 60

humana, independientemente de su patrimonio, su rendimiento y su estatus social. La dignidad humana corresponde también a quienes no pueden actuar debido a su condición física o mental. La dignidad humana no se pierde incluso por el comportamiento "*indigno"*. Ninguna persona puede ser despojada de la dignidad humana. Pero la pretensión de respeto que deriva de la dignidad humana puede ser objeto de afectación.[589] *Véase también, párr. 341*

12.11.3 *Determinabilidad*

El Tribunal Federal Constitucional ha advertido que *"dignidad humana"* constituye un elemento del tipo que no es sólo considerado problemático por su indeterminabilidad, sino también porque la infracción de la dignidad humana en representaciones de violencia es poco idóneo para una delimitación. Desde el punto de vista del principio constitucional de la determinabilidad de los elementos constitutivos del tipo es considerado como un caso límite problemático, que aún cuando resulta legítimo, sin embargo en su *"opacidad",* es poco manejable como elemento normativo. Tal disposición puede ser en todo caso, en una interpretación conforme a la Constitución, lo suficientemente determinada.[590] 398

No es problemática la determinabilidad del elemento del tipo, relacionado con la dignidad humana, contenido en el § 131 párr. 1 del Código Penal, en la medida en que comprende los casos en los que a través de la representación cinematográfica se afecte la dignidad humana de determinadas personas. [591] 399

Sin embargo, en ello no se agota el sentido de la disposición. Más bien, se desprende de su redacción y del contexto sistemático que comprende principalmente los casos en los que la descripción de un proceso cruel e inhumano tenga por finalidad crear un entorno para el espectador o reforzar la 400

589 BVerfGE 87, 209/228 – Tanz der Teufel
590 BVerfGE 87, 209/227 – Tanz der Teufel
591 BVerfGE 87, 209/228 – Tanz der Teufel

negación del derecho de toda persona a ser reconocida en su valor fundamental. Esto sucede especialmente cuando se muestran las acciones crueles o inhumanas para generar en el espectador un placer sádico en lo que sucede, o para aparecer a las personas o grupos como indignas de la condición de seres humanos. Esta tendencia incluye la idea de la disponibilidad de la persona como un mero objeto, con el que se puede proceder a voluntad. Por lo tanto, una representación que desprecie la dignidad humana puede violar el mandamiento de respetar la dignidad del hombre a través de escenas de ficción. Tales representaciones son capaces de impulsar una corrupción general y una disminución del respeto frente a la dignidad humana en el espectador y de aumentar de tal forma el peligro de infracciones concretas a ese bien jurídico. El hecho de que tales representaciones se adecúan a los elementos del tipo, se confirma por los materiales legislativos. De tal forma, en el Informe del Comité para la Juventud, la Familia y la Salud se señala el *"disfrute"* en un proceso inhumano como un ejemplo del alcance de la norma.[592]

12.12 Recompensa y aprobación de hechos punibles (§ 140 StGB)

401 § 140. Recompensa y aprobación de hechos punibles [593]
Quien, luego de que otro hubiera cometido o de haber intentado en forma punible, alguno de los hechos antijurídicos nombrados en el § 138 aparte 1 numerales del 2 al 4 y 5 última alternativa, y en el § 126 aparte 1, o alguno de los hechos antijurídicos según el § 176 aparte 3, según los §§ 176a y 176b, según el § 177 aparte 4 al 8 o según el § 178
1. recompense o
2. apruebe de una manera que sea apropiada para perturbar la paz pública, en forma pública, en una reunión pública o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3), es castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

---

592 BVerfGE 87, 209/228 – Tanz der Teufel
593 Versión del 1. de enero de 2017

El bien jurídico protegido es la paz pública, en su concepción de protección de la convivencia pacífica (*véase al respecto, párr. 300*). [594] El objeto de la aprobación, en el sentido del 140 Nr. 2 del Código Penal puede ser un hecho punible cometido en el extranjero, que no corresponde a alguno de los delitos, sobre los cuales es aplicable el derecho penal alemán, siempre que sea idóneo para perturbar la paz pública interna.[595] 402

La condena por la aprobación del genocidio a los judios, por el nacionalsocialismo, no puede basarse en la disposición general del § 140 Nr. 2 del Código Penal, sino que resulta comprendido en el tipo de la disposición especial del § 130 aparte 3 Alternativa 1.[596] 403

La aprobación se encuentra referida a la valoración positiva de un hecho después que ha sido cometido.[597] *Véase también, párr. 357*. No es suficiente la sola aprobación de hechos punibles o de determinados tipos de delitos, sin una relación con un suceso determinado. Tal relación debe ser claramente reconocible para el receptor de la declaración con un nivel promedio de sensibilidad, y debe poder derivarse sin esfuerzo de la propia declaración, de forma que sea reconocible como una aprobación de un concreto hecho punible, desde el punto de vista objetivo y subjetivo. No se requiere una indicación precisa de la fecha y lugar del hecho, en la medida en que el mismo puede ser individualizado. La aprobación puede, según las circunstancias, derivar también de la forma de la declaración.[598] 404

---

594 BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*
595 BGH, 20.12.2016 - 3 StR 435/16
596 BGH, 26.02.1999 - 3 StR 613/98, Abs. 3
597 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), §130, párr. 8
598 BGH, 20.02.1990 - 3 StR 278/89, Abs. 8

13 BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT: *El concepto y la validez del Derecho*, Edisa Editorial, Segunda Edición, Barcelona 2004

ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2002

ALEXY, ROBERT: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp 1986

ALLEWELDT, RALF: *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*, Mohr Siebeck 2006

BADURA, PETER: *Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten*, en la obra colectiva, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Reinhard Böttcher (Coord.), Walter de Gruyter, 1996

BAMBERGER, CHRISTIAN: *Verfassungswerte als Schranken vorbehaltsloser Freiheitsgrundrechte: vom Verfassungs- zum Gegenseitigkeitsvorbehalt*, Lang 1999

BEISEL, DANIEL: *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB*. NJW 1995 Heft 15. S. 997

BETHGE, HERBERT: *Art. 5*, en: Sachs (Coord.) Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Beck 1999

BETHGE, HERBERT: *Die Freiheit des privaten Rundfunks*, en: DÖV 2002, 673

BETHGE, HERBERT: *Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren - Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion*, NJW 1982, 1

BETHGE, HERBERT: *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Vahlen 1977

BLASIUS/BÜCHNER, *Verwaltungsrechtliche Methodenlehre*. 2da Edición. Kohlhammer 1984

BLECKMANN, ALBERT, *Staatsrecht II.- Grundrechte*, 4. Aufl., Köln 1997

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. En la obra: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde. Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, Suhrkamp Verlag, 2011

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, en: NJW 1974, 1529

BÖCKENFÖRDE, THOMAS: *Die Ermittlung im Netz: Möglichkeiten und Grenzen neuer Erscheinungsformen strafprozessualer Ermittlungstätigkeit*, Mohr Siebeck, 2003

BOTT, INGO, ET AL: *Der Grundsatz „nulla poena sine lege im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, en Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 6/2010

CANARIS, CLAUS-WILHELM: *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz. Stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998*. Walter de Gruyter, 1999

DETJEN, JOACHIM: *Die Werteordnung des Grundgesetzes*, Springer-Verlag, 2009

DI FABIO, UDO: *Art. 2 Abs. 1*. En: Maunz/Dürig u.a.: Kommentar zum Grundgesetz, Beck, Losebl.-Ausg. Juli 2001

DI FABIO, Udo: *Information als hoheitlihes Gestaltungsmittel*, en Juristische Schulung 1997, pág. 1 y sig.

DÜRIG, GÜNTER *Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten*, En: Summum ius summa iniuria: Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringsvorlesung, gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus Wintersemester 1962/63, Mohr 1963

DÜRIG, GÜNTER: *Art. 1*. En: Maunz/Dürig y otros, Kommentar zum Grundgesetz. Beck, Losebl.-Ausg. 1958
EBERL, MATTHIAS: *Verfassung und Richterspruch: rechtsphilosophische Grundlegungen zur Souveränität, Justiziabilität und Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Walter de Gruyter, 2006
ERB, VOLKER: *Notwehr als Menschenrecht- - Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner.* En la Revista: NStZ 2005 Tomo 11, pp. 595 y sig.
ESER, ALBIN ET AL: *Strafrecht 1*. Schwerpunkt. Allgemeine Verbrechenselemente, Verlag C. H. Beck München 1992, 4. Edición
ESER, ALBIN: *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Zugleide ein Versuch Über Redesgüterschutz und evolutives Recht*. Verlag Gehlee Bad Homburg v.d.H. Tübingen 1969
ESPINOZA, ALEXANDER: *Derecho Constitucional en Alemania y Austria*, Edición independiente, Caracas 1997
ESPINOZA, ALEXANDER: *Naturschutz und Eigentum. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Grundrechtskollisionen*. Verlag für Wissenschaft und Forschung. Berlín 2003
SCHLOZ, GEORG: *Grundgesetz I.* Verlag Franz Vahlen München 1990
GORNIG, GILBERT-HANNO / JAHN, RALF: *Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht*. 3ra. Edición, C.H. Beck München 2006
GRABITZ, EBERHARD: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en: AöR Bd. 98 (1973), 569
GRABITZ, EBERHARD: *Freiheit und Verfassungsrecht: Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Mohr 1976
GRIMM, DIETER: *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. NJW 1995 Heft 27, S. 1697
GÜNTHER, KLAUS: *Politik des Kompromisses: Dissensmanagement in pluralistischen Demokratien*. Springer-Verlag, 2007
HEINTZEN, MARKUS: *Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem*, en Verwaltungsarchiv, 81. Band 1990, pág. 532
HESSE, KONRAD: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17va Edición, Heildelberg 1990
HOCHHUTH, MARTIN: *Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes.* Mohr Siebeck, 2007
HÖFLING, WOLFGANG: *Bauelemente einer Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Raumes*, En: Riklin u.a. (Hrsg), Kleinstaat und Menschenrechte: Festgabe für Gerard Batliner zum 65. Geburtstag, Helbin & Lichtenhahn 1993
HÖFLING, WOLFGANG: *Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Duncker & Humblot 1987
HÖFLING, WOLFRAM: *Art. 8*, en Grundgesetz, Sachs (Coord.), 4ta Edición, C.H. Beck München 2007
HONG, MATHIAS: *Die Versammlungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. En: Hartmut Rensen / Setafan Brink (Coord.) Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern. Walter de Gruyter, 2009
HUSTER, STEFAN: *Das Verbot der „Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*. NJW 1996 Heft 8. S. 487
ISENSEE, JOSEF: *§191. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht.* En: Isensee/Kirchhof (Coord.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Tomo 9, 3ra. Edición, C.F. Müller, 2003
ISENSEE, JOSEF: *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht*. En: Isensee/Kirchhof (Coord.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Tomo V, §191 2da. Edición, C.F. Müller 2000
ISENSEE, JOSEF: *Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte*, en: Franßen (Coord.) Bürger-Richter-Staat: Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt.

Beck 1991
JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre; Lehrbuch*. Walter de Gruyter, 2da Edición, Berlín 1993
JARASS, HANS, Vorb. vor Art. 1 en: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Kommentar, 6. Aufl., Beck 2002
JARASS, HANS: *Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen*. En: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. 1984, pp. 473 y sig.
KLATT, MATTHIAS: *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, 2014
KLOEPFER, MICHAEL: *Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Dargestellt am Beispiel der Menschenwürde*. En C. Starck (Coord.) Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts.Tomo 2, Mohr 1976
KÖHLER, MICHAEL: *Strafrecht: Allgemeiner Teil.* Springer-Verlag, Hamburg 2013
KRAUB, MATTHIAS: *§ 125 Landfriedensbruch, párr. 5. Laufhütte (et al) Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*. Walter de Gruyter, 12va Edición Berlín 2009
KREY, VOLKER: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, W. Kohlhammer Verlag, 2008
KRIELE, MARTIN: *Ehrenschutz und Meinungsfreiheit*. NJW 1994 Heft 30. S. 1897
KRIVEC AUS MOERS, BORIS: *Von Versailles nach Rom – Der lange Weg von Nullum crimen, nulla poena sine lege Bedeutung und Entwicklung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts im völkerrechtlichen Strafrecht*, Dissertation Hamburg, 2004
KÜBLER, FRIEDRICH: *Ehrenschutz, Selbstbestimmung und Demokratie.* NJW 1999 Heft 18. S. 1281
KÜBLER, FRIEDRICH: *Medien, Menschenrechte und Demokratie: das Recht der Massenkommunikation*. Hüthig Jehle Rehm, 2008
KUNIG, PHILIP: *Art. 8*. En: von Münch/Künig, *Grundgesetz-Kommentar*, Tomo I, 5ta edición 2000
KUTSCHA, MARTIN: *Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt - ein verdrängtes Problem- In memoriam Hans Lisken*, en NVwZ 2004 Tomo 7, página 801
LACKNER, KARL / KÜHL, KRISTIAN: *STRAFGESETZBUCH KOMMENTAR (DEL CÓDIGO PENAL)*, 26ª ED., MÜNCHEN, VERLAG C.H. BECK, 2007
LAGODNY, OTTO: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Mohr Siebeck, 1996
LARENZ, KARL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Segunda Edición, 2001
LERCHE, PETER: *Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie*, Buchbesprechung en: DÖV 1965, 212
LERCHE, PETER: *Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff*, en: Isensee/Kirchhof (Coord.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Tomo. V, 2. edición., Müller, 2000
LIEBER, TOBIAS: *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit: zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Mohr Siebeck, 2007
LINDNER, JOSEF FRANZ: *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, 2005
LOHSE, VOLKER: *"Türken ist der Zutritt verboten" - Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung*. NJW 1985 Heft 29, S. 1677
LOTHAR, MICHAEL: *Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit*. ZJS 2/2010, pág. 155
MAUNZ, THEODOR / ZIPPELIUS, REINHOLD: *Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch*, 30. Aufl. Beck 1998
MAURACH, REINHART / SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN / MAIWALD, MANFRED: *Strafrecht, Besonderer Teil: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*. Hüthig Jehle Rehm, 10ma Edición, Heildelberg 2009
MEURER, DIETER: *Wahrnehmung berechtichter Interesen und Meinungsfreiheit*. pág. 656. En Weigend (Coord.) Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Walter de

Gruyter, Berlín 1999
MEZGER, EDMUND: *Derecho Penal. Libro De Estudio - Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina S. R. L. Buenos Aires 1958
MÜLLER, FRIEDRICH: *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer Praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. Aufl., Duncker & Humblot 1990
OSSENBÜHL, FRITZ: *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en: NJW 1976, 2101
OTTO, HARRO: *Grundkurs Strafrecht: allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter 2004
PAPIER, HANS-JÜRGEN / KRÖNKE CHRISTOPH, *Grundkurs Öffentliches Recht 2. Grundrechte.* F.C. Müller 2012
PECHER, CHRISTIAN MATHIAS: *Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten*, Lit 2002. Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2001
PIEROTH, BODO / SCHLINK, BERNHARD: *Grundrechte. Staatsrecht II*, 22va Edición C.F. Müller Verlag, Heildelberg 2006
PREU, PETER: *Subjektivrechtliche Grundlagen des Öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, Berlin 1992
QUILISCH, MARTIN: *Die demokratische Versammlung: zur Rechtsnatur der Ordnungsgewalt des Leiters öffentlicher Versammlungen: zugleich ein Beitrag zu einer Theorie der Versammlungsfreiheit*. Duncker & Humblot, 1970
RAMSAUER, ULRICH: *Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck*. Verwaltungs-Archiv 72. Band-Heft 2 - 1. April 1981. S. 89
RENSMANN, THILO: *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*. Mohr Siebeck, 2007
ROTH, ANDREAS: *Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt*. Duncker & Humblot, 1991
ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal* Tomo I Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros Editorial Civitas, Madrid 1997
RÜFNER, WOLFGANG: *Grundrechtskonflikte in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Tomo 2. Mohr 1976
SACHS, MICHAEL: *vor Art. 1*, en Grundgesetz, Sachs (Coord.), 4ta Edición, C.H. Beck München 2007
SCHLINK, BERNHARD: *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in EuGRZ 1984
SCHMIDT-AßMANN, Eberhard: *Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht* en: Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag Hrsg. von Bernd Bender u.a., 1993
SCHMIDT-PREUß, MATTHIAS. *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*. Schriften zum Öffentlichen Recht Band. 627, Berlin 1992
SCHMITT GLAESER, WALTER: *Meinungsfreiheit, Ehrenschutz und Toleranzgebot*. NJW 1996 Heft 14. S. 873
SCHNAPP, FRIEDRICH: *Grenzen der Grundrechte*, en: JuS 1978, 729
STARCK, CHRISTIAN: *Art. 1*, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz: Kommentar, 4. Aufl. Vahlen 1999
STARCK, CHRISTIAN: *Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen*, Mohr Siebeck, 1995
STARCK, CHRISTIAN: *Praxis der Verfassungsauslegung*, Nomos-Verl.-Ges. 1994
STARCK, CHRISTIAN: *Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte*. En la obra colectiva, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte. Göttinger Kolloquium. Wolfgang Heyde und Christian Starck ; hrsg. vom Bundesminister der Justiz. C.H. Beck, München 1990
STARCK, CHRISTIAN: *Verfassungen: Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung*. Mohr Siebeck, 2009
STEGBAUER, ANDREAS: *Der Straftatbestand gegen die Auschwitzleugnung - eine Zwischenbilanz*. NStZ

2000 Heft 6. S. 281
STERN, KLAUS / SACHS, MICHAEL: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo III/2. Beck 1994
STERN, KLAUS: *Die Grundrechte und ihre Schranken*, En: Badura/Dreier (Coord.) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Bd., Mohr 2001
SWOBODA, SABINE: *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen.* ZStW 122 (2010) Heft 1
TRÖNDLE, HERBERT: *Das BVerfG und sein Umfang mit dem einfachen Recht* , en la obra colectiva, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Reinhard Böttcher (Coord.), Walter de Gruyter, 1996
V. DER DECKEN, GEORG: *Meinungsäußerungsfreiheit und Recht der persönlichen Ehre*. NJW 1983 Heft 25, S. 1400
VON MÜNCH, INGO: en von Münch/Künig, *Grundgesetz-Kommentar*, Tomo I, 5ta edición 2000, Vorb. Art. 1-19
WENDT, RUDOLF: *Art. 5*. En von Münch/Künig, Grundgesetz-Kommentar, Tomo I, 5ta edición 2000
WESSELS, JOHANES / BEULKE, WERNER: *Strafrecht Allgemeiner Teil.* C.F. Müller, Edición 42
WESSELS, JOHANNES / HETTINGER, MICHAEL: *Strafrecht, besonderer Teil: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte.* 35va Edición Hüthig Jehle Rehm, Heildelberg 2011
WÜSTENBERG, DIRK: *Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden? Konsequenzen der Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG für die Strafverteidigung.* HRRS Oktober 2010 (10/2010), pág. 471
ZACZYK, RAINER: *§ 193 del Código Penal als Rechtsfertigungsgrund*. En Weigend (Coord.) Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Walter de Gruyter, Berlín 1999
ZIPPELIUS, REINHOLD / WÜRTENBERGER, THOMAS: *Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch*. 31. Auflage. C.H. Beck, München 2005
ZIPPELIUS, REINHOLD: *Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft*. 15ta Edición. Verlag C.H. Beck, München 2007

14 INDICE

1 EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN 3
1.1 Ámbito de protección de la libertad de opinión 3
1.2 La utilidad privada de la libertad de opinión 4
1.3 La libertad de opinión en el estado democrático 5
1.4 La libertad de opinión como derecho político 6
1.5 Fidelidad del ciudadano a la Constitución 8

2 LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y EL DERECHO DE REUNIÓN 9
2.1 El parámetro de control de lo expresado en una reunión 10
2.2 Lo expresado y el lenguaje simbólico 12

3 DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN 17
3.1 Limitaciones constitucionales inmediatas 17
3.2 La interpretación amplia de los elementos constitutivos 19
3.3 La jurisprudencia inicial del Tribunal Federal Administrativo 23
3.4 La interpretación amplia de la libertad de opinión 26
3.4.1 La expresión sobre hechos 27
3.4.2 El valor de lo expresado 30
3.4.3 Expresiones con fines publicitarios 31
3.4.4 El efecto de lo expresado 31
3.4.5 Las expresiones emocionales 32
3.4.6 Las expresiones subidas de tono 32
3.4.7 El medio empleado 33
3.4.8 Expresiones hostiles a la Constitución 33
3.4.9 La aprobación del nacionalsocialismo 34
3.4.10 La injuria formal y la crítica injuriosa 35
3.4.11 El principio de la dignidad humana 36

4 AFECTACIONES A LA LIBERTAD DE OPINIÓN 38
4.1 La afectación clásica 38
4.2 La afectación fáctica 39

5 LIMITACIONES AL DERECHO 46
5.1 Las leyes generales 46
5.2 El derecho al honor personal 49

5.2.1 La afectación del honor 49
5.3 La protección de la juventud 50

6 El efecto irradiante 51
6.1 El orden de valores en el derecho alemán 51
6.2 Los efectos recíprocos 54
6.3 El sitio de irrupción de los derechos fundamentales 55

7 La delimitación entre la Constitución y la ley 58
7.1 Los criterios de delimitación 59
7.2 La densidad del control 61
7.3 La densidad del control y derechos fundamentales 62

8 El principio de proporcionalidad 66
8.1 El principio de idoneidad 66
8.2 El principio de necesidad 69
8.3 El principio de proporcionalidad 70

9 Elementos para la valoración 73
9.1 El interés público 73
9.2 La utilidad privada 74
9.3 Expresiones denigrantes 75
9.4 Expresiones falsas 76
9.5 El deber de veracidad 77
9.6 La legítima defensa del honor 78

10 El principio de reserva legal 79
10.1 El principio de separación de poderes 79
10.2 La reserva legal en el derecho penal 81
10.2.1 Las normas de la Parte General 81
10.2.2 Aplicación in malam partem 81
10.2.3 Derechos fundamentales como causas de justificación 82
10.2.4 La costumbre y los precedentes judiciales (lex scripta) 83
10.2.5 La determinabilidad de la ley (lex certa) 83
10.2.6 Habilitaciones en favor de reglamentos 86
10.2.7 Prohibición de la analogía (lex stricta) 86
10.3 La garantía de irretroactividad 89
10.3.1 Fundamentos de la garantía de irretroactividad 89
10.3.2 Ámbito de aplicación 90
10.3.3 Retroactividad propia e impropia 91
10.3.4 Las leyes temporales 92

11 La libertad de opinión en el derecho penal. Parte general 94
11.1 La interpretación de la ley penal 94
11.1.1 El sentido literal 95

11.1.2 La interpretación sistemática 95
11.1.3 La interpretación histórica 96
11.1.4 La interpretación teleológica 96
11.1.5 La interpretación más favorable 96
11.1.6 La ultima ratio 97
11.1.7 La teoría de los bienes jurídicos protegidos 97
11.2 Derechos fundamentales en el derecho penal 99
11.2.1 La interpretación de los elementos del tipo 101
11.2.2 Derechos fundamentales como causa de justificación 103
11.2.3 Derechos fundamentales en la determinación de la pena 107
11.2.4 La interpretación del contenido expresado 108
11.2.5 El efecto disuasivo 110
11.2.6 La paz como limitación legítima de la libertad de opinión 111

12 LA LIBERTAD DE OPINIÓN EN EL DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL 115
12.1 La libertad de opinión y la paz pública 115
12.2 La difusión de propaganda nacional-socialista (§ 86) 116
12.2.1 Medios de propaganda nacionalsocialista 117
12.2.2 La finalidad legítima 118
12.3 Uso de distintivos de organizaciones hostiles Constitución (§ 86ª) 119
12.4 Incitación pública de hechos punibles (§ 111) 122
12.4.1 La paz pública 123
12.4.2 La incitación pública 123
12.4.3 Efectos recíprocos 124
12.5 Perturbación del orden (§ 125), por el llamado a una reunión 125
12.6 Amenazas de hechos punibles (§ 126) 130
12.7 Propaganda de asociaciones criminales (§ 129 aparte 1 frase 2) 132
12.8 Propaganda de asociaciones terroristas (§ 129ª, aparte 5, frase 2) 132
12.8.1 La propaganda para obtener miembros o promotores 134
12.8.2 La reproducción por la prensa 136
12.9 Amotinamiento del pueblo (§ 130) 137
12.9.1 Aspectos generales 138
12.9.2 La incitación al odio (§ 130, aparte 1.1) 140
12.9.3 Insultar, despreciar malintencionadamente (§ 130, aparte 1.2) 141
12.9.4 La distribución de publicaciones (§ 130 aparte 2) 144
12.9.5 Aprobar, negar o trivializar crímenes (§ 130, 3) 146
12.9.6 Aprobar, exaltar o justificar el nacionalsocialismo (§ 130, 4) 149
12.10 Instrucciones para la comisión de delitos (§ 130ª) 157
12.11 Representación de violencia (§ 131 aparte 1) 158
12.11.1 Los elementos del tipo 159
12.11.2 La lesión de la dignidad humana 160
12.11.3 Determinabilidad 161

12.12 Recompensa y aprobación de hechos punibles (§ 140 StGB) 162
13 BIBLIOGRAFÍA 164
14 INDICE 169