

USO DE SÍMBOLOS TOTALITARIOS: ¿ES TRASLADABLE A ESPAÑA EL MODELO  
ALEMÁN? UNA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 510 CP  
*USE OF TOTALITARIAN SYMBOLS: IS IT POSSIBLE TO TRANSFER THE GERMAN MODEL  
TO SPAIN? A CRITIC OF THE APPLICATION OF THE ARTICLE 510 OF THE PENAL CODE*

*Margarita Roig Torres*  
*Catedrática de Derecho penal*  
*Universitat de València*

RESUMEN

La proliferación del uso de símbolos fascistas en concentraciones públicas ha llevado a proponer su prohibición e incluso su penalización. En esta dirección apunta la STS 675/2020, de 11 diciembre, que aplicó el artículo 510.1 CP por distribuir emblemas nazis. Conviene analizar la adecuación de esta solución a la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH. Igualmente, resulta de interés atender al Derecho alemán, que se propone como modelo a seguir para tipificar en nuestro país el empleo de tales signos, en particular el § 86 a StGB y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que lo avala. Por otra parte, esas propuestas han de valorarse en el marco de la reforma general de los delitos que atañen a la libertad de expresión propuesta por el Gobierno para mantener solo las conductas que ponen en peligro el orden público o inducen a la violencia.

PALABRAS CLAVE

Delitos de odio, libertad de expresión, fascismo, símbolos totalitarios, dictadura.

ABSTRACT

The proliferation of the use of fascist symbols in public gatherings has led to the proposal of their prohibition and even their penalization. In this direction points the Supreme Court in sentence 675/2020, of December 11, which applies article 510.1 CP for distributing Nazi emblems. It is convenient to analyze the adequacy of this solution to the doctrine of the Constitutional Court and the ECHR. Likewise, it is of interest to pay attention to German law, which is proposed as a model to follow to classify the use of such signs in our country, in particular § 86 a StGB and the jurisprudence of the Federal Constitutional Court that endorses it. On the other hand, these proposals have to be evaluated within the framework of the general reform of crimes that affect freedom of expression proposed by the Government, to maintain only those behaviours that endanger public order or induce violence.

KEYWORDS

Hate crimes, freedom of expression, fascism, totalitarian symbols, dictatorship.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.033>

# USO DE SÍMBOLOS TOTALITARIOS: ¿ES TRASLADABLE A ESPAÑA EL MODELO ALEMÁN? UNA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 510 CP

Margarita Roig Torres

Catedrática de Derecho penal  
Universitat de València

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. La penalización del uso de signos prohibidos en Alemania. 2.1. Regulación legal. 2.1.1. El § 86 a StGB. 2.1.2. Comentario. 2.2. Constitucionalidad. 2.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de junio de 2006. 2.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18 de mayo de 2009. 2.2.3. Comentario. 2.3. Refrendo excepcional del TEDH. 2.3.1. El pasado de Alemania. 2.3.2. Comentario. 2.4. Un modelo inasumible en nuestro Derecho. 3. Postura del TEDH sobre el uso de símbolos totalitarios. 4. El uso de símbolos autoritarios en España. 4.1. Encaje constitucional en el derecho a la libertad de expresión. 4.2. Su difusión como forma de incitación a la discriminación. 4.2.1. Contraste con la jurisprudencia tradicional. 4.2.2. Una crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo 675/2020, de 11 diciembre. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

## 1. PLANTEAMIENTO

En los últimos años el ascenso de los partidos de extrema derecha ha propiciado la proliferación del uso en el espacio público de símbolos que ensalzan regímenes fascistas. La esvástica, el brazo alzado a modo de saludo, o expresiones emblemáticas como «Arriba España», «Heil Hitler» o «Sieg Heil» abanderan las concentraciones organizadas

por simpatizantes de esa ideología y circulan cada vez con mayor profusión por las redes sociales<sup>1</sup>.

Como contrapunto, se intensifica la demanda social de prohibir o incluso castigar esas conductas, consideradas perniciosas para nuestro sistema democrático e indignas para las víctimas de las dictaduras inspiradas en aquella ideología<sup>2</sup>. Algunos líderes políticos se han comprometido a impedir legalmente el uso de esos signos<sup>3</sup>. Diversas entidades han presentado denuncias por la exhibición de emblemas nazis, pues estiman que este acto es constitutivo de delito<sup>4</sup>. En 2107, el grupo parlamentario de ERC presentó incluso una Proposición no de ley en la que instaba al Gobierno a adoptar iniciativas legislativas para castigar la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalsocialismo, considerando como tales el uso de sus símbolos<sup>5</sup>.

La punición de esas conductas comienza a emerger también en la jurisprudencia. Un buen ejemplo es la STS 675/2020, de 11 de diciembre, que condenó a los acusados por la distribución de canciones de carácter xenófobo, pero también de distintivos propios del Tercer Reich. El Tribunal confirmó el fallo condenatorio del tribunal *a quo*, que entendió que ese material era idóneo para promover sentimientos de odio, violencia o discriminación y determinó que los hechos eran subsumibles en el artículo 510.1 CP.

En los medios de comunicación suele citarse el Derecho alemán como modelo para prohibir en nuestro país la simbología fascista<sup>6</sup>. Cabe anticipar, sin embargo, que el § 86 a StGB sanciona el uso, en público o en una reunión, de signos de cualquier partido u organización prohibido o inconstitucional, no solo los del nazismo. Además, ese precepto ha sido avalado por el TEDH en virtud de razones excepcionales difícilmente extrapolables al Estado español.

Entiendo que, si bien los sistemas dictatoriales representados por esos distintivos merecen el máximo reproche moral, la exposición o difusión de tales símbolos forma parte del derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1 CE.

Lo cierto es que mientras escribía estas líneas se publicó una noticia esperanzadora sobre el futuro de los delitos que restringen la libertad de expresión que confío que se traduzca en el rechazo de las propuestas de sancionar el uso de emblemas dictatoriales y en la consolidación de una doctrina jurisprudencial ajustada al anunciado propósito de limitar el castigo a los casos de peligro para la convivencia externa. El Ministerio de Justicia declaró que «[...] planteará una revisión de los delitos relacionados con excesos en el ejercicio de la libertad de expresión para que solo se castiguen conductas que supongan claramente la creación de un riesgo para el orden público o la provocación de algún tipo de conducta violenta, con penas disuasorias, pero no privativas de libertad»<sup>7</sup>. Esta iniciativa fue anunciada poco después de que se ordenara el ingreso en prisión del rapero Pablo Hasél para cumplir la pena de nueve meses y un día a la que le condenó el Tribunal Supremo por enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona, sentencia que fue cuestionada desde el mundo de la cultura a través de un manifiesto en defensa del músico y que generó reacciones sociales de protesta. La reforma del Código Penal proyectada afectaría a los delitos de injurias a la Corona y a otras instituciones de los artículos 490 y siguientes, al llamado delito de

odio del artículo 510, a los delitos contra los sentimientos religiosos de los artículos 522 y siguientes, y al de enaltecimiento y justificación del terrorismo y de humillación a sus víctimas del artículo 578.2<sup>8</sup>.

En realidad, la modificación de este último precepto viene impuesta por la jurisprudencia constitucional sobre ese ilícito. Y la supresión del tipo agravado de injurias a los reyes es ineludible, teniendo en cuenta las reiteradas sentencias condenatorias del TEDH a España por vulnerar la libertad de expresión de los condenados mediante la aplicación del artículo 490.3 CP. En el caso *Otegi Mondragon c. España*, de 15 de marzo de 2011<sup>9</sup>, el tribunal estableció que la mayor protección que esa norma concede al jefe del Estado respecto a otras personas e instituciones no se ajusta al espíritu del CEDH. Más recientemente, en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018<sup>10</sup>, reiteró la misma tesis.

Pues bien, la mera exhibición o difusión de un símbolo que representa a una dictadura no pone en peligro el orden público ni incita a la violencia, de manera que, si prospera la reforma de esas conductas, quedarán claramente excluidas del artículo 510 CP y no será posible el dictado de fallos como el de la STS 675/2020, de 11 de diciembre. De todos modos, estimo que, bajo la regulación actual, esos hechos ya no tienen encaje en dicha norma.

A continuación, analizaré el Derecho alemán, que se considera el prototipo de sistema que castiga el uso de signos fascistas. Seguidamente, expondré la doctrina del TEDH sobre la utilización de distintivos totalitarios. A partir de estos precedentes, me referiré al Derecho español y examinaré la pertinencia de la tipificación de un nuevo delito que sancione el empleo de esos símbolos, así como la postura adoptada en la STS 675/2020. Finalmente, formularé unas conclusiones en las que sintetizaré mi postura.

## 2. LA PENALIZACIÓN DEL USO DE SIGNOS PROHIBIDOS EN ALEMANIA

### 2.1. REGULACIÓN LEGAL

#### 2.1.1. El § 86 a StGB

El § 86 a StGB, ubicado en el Título III, de la Sección I, de la Parte Especial, dedicado a los «Delitos que ponen en peligro el Estado constitucional democrático», tipifica el «Uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales» («Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen»).

En concreto, el precepto castiga con una pena de prisión de hasta tres años o multa a quien use signos distintivos de partidos u organizaciones inconstitucionales o prohibidos en público, en una reunión o en un contenido que difunda, así como a quien los divulgue dentro del territorio nacional.

Además, sanciona al que produzca o almacene contenidos o materiales que contengan dichos símbolos para su distribución o uso en Alemania o en el extranjero, así como para su exportación e importación.

A estos efectos, se consideran signos, en particular, las banderas, los distintivos, las piezas de uniformes, los lemas y los saludos, así como aquellos que sean similares o puedan confundirse con ellos.

No obstante, se excluye el delito cuando la conducta tenga fines históricos, culturales o artísticos. El artículo prevé asimismo la posibilidad de que el tribunal no aplique la pena si estima que los hechos carecen de la entidad suficiente como para ser considerados punibles.

El § 86 a StGB fue reformado por Ley de 30 de noviembre de 2020, que entró en vigor el 1 de enero de 2021<sup>11</sup>. En concreto, se sustituyó la expresión «escrito» por la de «contenido», pues según argumentó el Gobierno al elaborar el Proyecto<sup>12</sup>, la difusión del contenido delictivo ya no se realiza principalmente por medios impresos, sino de forma digital<sup>13</sup>.

Así pues, el delito se comete mediante el uso de los signos arriba señalados por cualquier vía, sea material o telemática.

Además, se sanciona la utilización de símbolos de todo partido u organización inconstitucional o prohibido.

En realidad, esta disposición fue creada en 1960<sup>14</sup> con el objetivo explícito de luchar contra la propaganda de extrema derecha que estaba proliferando en Alemania, tendencia que posteriormente motivó la ampliación de las conductas típicas<sup>15</sup>. Pese a ello, no se sanciona solo el empleo de estas señas<sup>16</sup>.

La antigua Ley de reunión de 1953<sup>17</sup> únicamente prohibía los signos nacionalsocialistas<sup>18</sup>. Hasta esa fecha, solo había sido declarado inconstitucional, en 1952, el Partido Socialista del Tercer Reich (Sozialistischen Reichspartei —SRP—)<sup>19</sup>, continuador del partido nazi<sup>20</sup>. Sin embargo, en 1956 se declaró la inconstitucionalidad del Partido Comunista de Alemania (Kommunistische Partei Deutschlands —KPD—)<sup>21</sup>. Desde entonces, ningún otro partido ha sido considerado contrario a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania<sup>22</sup> y actualmente es legal el Partido Comunista Alemán (Deutsche Kommunistische Partei —DKP—)<sup>23</sup>.

Por otra parte, la Ley de asociaciones<sup>24</sup> prevé la prohibición de asociaciones y de su simbología en consonancia con el artículo 9.2 de la Ley Fundamental, que veta las asociaciones cuyos fines o actividad sean contrarios a las leyes penales o atenten contra el orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos. La prohibición corresponde al poder ejecutivo<sup>25</sup>, que se sirve para ello de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (Bundesamt für Verfassungsschutz)<sup>26</sup>.

Entre los signos prohibidos se encuentran fundamentalmente los nacionalsocialistas<sup>27</sup>, pero también los de otras asociaciones de extrema derecha<sup>28</sup>, de extrema izquierda<sup>29</sup> y, más recientemente, los del Estado Islámico<sup>30</sup>.

En la medida en que el § 86 a StGB no solo abarca los distintivos nazis, se aparta de su *ratio legis* inicial, y también, como se verá, del fundamento que le ha atribuido el Tribunal Constitucional. Pero, en realidad, esta amplitud viene determinada por el texto constitucional.

El artículo 5.2 de la Constitución alemana dispone que la libertad de expresión solo se puede limitar en virtud de una ley general (o de la legislación que tutela la juventud o que protege el honor). Según declaró el Tribunal Constitucional Federal en sentencia de 4 de noviembre de 2009, ley general es aquella que no prohíbe una opinión como tal, sino que tutela un bien jurídico objetivo e impide, por ello, que la expresión de opiniones pueda dirigirse contra determinadas ideologías, creencias, o actitudes<sup>31</sup>. De esta forma, se hace efectiva la prohibición de discriminación por razón de las creencias o de la concepción política prevista en el artículo 3.3 de la Ley Fundamental.

Por eso, el § 86 a StGB sanciona el uso de símbolos de cualquier partido u organización inconstitucional o prohibido. No obstante, se ha cuestionado que se trate de una ley general, dado que se remite al § 86 StGB, que castiga la difusión de propaganda de aquellos partidos y organizaciones, definiéndolos con mayor precisión. Sin embargo, este precepto dedica un apartado autónomo a las asociaciones continuadoras de la antigua organización nacionalsocialista —que nunca fue declarada inconstitucional o prohibida por las autoridades<sup>32</sup>—, de manera que se dirige contra una concreta ideología.

Pese a ello, el Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) mantiene que el § 86 a StGB es una ley general, en la medida en que desarrolla el artículo 9.2 de la Ley Fundamental, que, como se ha visto, prohíbe determinadas asociaciones<sup>33</sup>, y señala que este precepto sería ineficaz si no fuera acompañado de normas que garanticen su efectividad<sup>34</sup>.

El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) se pronunció en el mismo sentido en la sentencia de 9 de julio de 2020. Esta resolución analizó la nueva versión de la Ley de asociaciones y determinó que sus disposiciones son, como el § 86 a StGB, leyes generales, pues protegen los intereses a los que alude el artículo 9.2 de la Ley Fundamental<sup>35</sup>.

### 2.1.2. Comentario

A pesar de la referencia genérica a todos los partidos y organizaciones inconstitucionales o prohibidos, el fundamento del § 86 a StGB entronca con el pasado del Estado alemán. La disposición pretendió desterrar de la vida pública cualquier vestigio que evocara el régimen nacionalsocialista<sup>36</sup>.

Sin embargo, resulta difícil identificar el bien jurídico protegido por esa norma. La doctrina apunta que el precepto trata de impedir el resurgimiento simbólico de los partidos y organizaciones prohibidos y dejar claro que actualmente no se toleran, aunque al mismo tiempo sostiene que su objetivo es preservar la reputación de Alemania en el extranjero<sup>37</sup>. Además, algunos autores señalan que tutela el orden constitucional<sup>38</sup> o la paz pública<sup>39</sup>.

Pues bien, como se deduce del tipo, el ilícito se comete por el mero uso de un signo prohibido en público o en una reunión; constituye, en este sentido, un delito de peligro abstracto<sup>40</sup>.

Por tanto, basta mostrar el símbolo en una reunión. Incluso si se exhibe en público, los tribunales solo exigen que pueda ser visto por los presentes y precisan que no es necesario

que lleguen a percibirlo<sup>41</sup>, más allá de que algunas organizaciones prohibidas son escasamente conocidas, al igual que sus emblemas<sup>42</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia solo exige que el autor conozca que el signo está prohibido, con independencia de su intención<sup>43</sup>. Únicamente se le exime de responsabilidad penal si manifiesta de forma clara e inequívoca su oposición a la organización que representa el distintivo<sup>44</sup>. En este sentido, en Alemania está muy extendida la imagen de la esvástica tachada como muestra de rechazo a la extrema derecha, imagen que el Tribunal Supremo ha declarado atípica<sup>45</sup>. No obstante, más abajo haremos referencia a un caso, refrendado por el TEDH, en que se condenó al acusado por usar una esvástica con un fin despectivo, concretamente para tachar a otra persona de nazi.

De acuerdo con estos presupuestos, creo que ninguno de los valores apuntados puede ser considerado el bien jurídico protegido en el 86 a StGB. No cabe afirmar que el delito conlleva el peligro de que resurjan organizaciones afines al nacionalsocialismo ni de que se fomente una conciencia de tolerancia de dichas asociaciones que amenace el orden democrático. Eso puede ocurrir si la conducta reviste cierta entidad: por ejemplo, cuando se lleva a cabo de forma reiterada, ante una multitud de personas, mediante símbolos de organizaciones con muchos adeptos, etc. Pero, teniendo en cuenta que el delito se consuma con el simple uso de un solo signo prohibido, el hecho no lleva inherentes esos riesgos.

De igual forma, mostrar un emblema en una reunión no entraña ningún peligro para la paz pública<sup>46</sup>, que el Tribunal Constitucional ha equiparado a la convivencia externa<sup>47</sup>.

A diferencia del § 130.4 StGB, que castiga el enaltecimiento de la violencia y tiranía nacionalsocialista, en público o en una reunión, cuando ponga en peligro la paz pública, el § 86 a StGB solo exige el uso de un símbolo prohibido. Por lo tanto, aunque es evidente que aquel ensalzamiento conlleva una amenaza más grave para la paz pública, se requiere expresamente su perturbación. Partiendo, pues, de la configuración del ilícito tipificado en el § 86 como delito de peligro abstracto, hay que rechazar que la paz pública sea el interés tutelado.

Asimismo, el orden constitucional no es un valor concreto que pueda esgrimirse como un bien preferente a la libertad de expresión. Justamente este último derecho es primordial en el sistema y para restringirlo es necesario que otro derecho esencial resulte afectado por su ejercicio.

En realidad, mediante esta figura se ha pretendido restablecer el prestigio de Alemania e impedir la difusión de las imágenes nefastas que con frecuencia eran difundidas —y que aún pueden verse— en los medios de comunicación en las que aparecen personas portando insignias, realizando gestos o coreando himnos de la etapa de Hitler. De ahí que se hable de impedir el resurgimiento «simbólico» de los partidos y organizaciones, dado que, aunque de forma mediata también se busca evitar la creación de estos grupos, el objetivo directo es impedir que tales signos estén presentes en la sociedad. Pero se trata de un interés ambiguo que no merece la protección penal<sup>48</sup>.

Por otra parte, ese fin simbólico<sup>49</sup> no es sostenible desde que fueron prohibidos algunos símbolos diferentes a los fascistas, en particular los del Estado Islámico. El ministro del

Interior argumentó que en Alemania se estaban reclutando jóvenes radicales para luchar en Siria e Irak y que muchos habían regresado al país, por lo que era necesario evitar que trajeran la yihad. Eso motivó la prohibición de esta organización y de sus emblemas.

En este caso, ya no se quiere impedir la reaparición de un grupo radical y menos aún restablecer la buena imagen del Estado. El propio ministro afirmó que esa prohibición pretende proteger el orden constitucional<sup>50</sup>. Sin embargo, no resulta posible identificar este propósito legítimo con el objeto de protección de esta norma penal.

De este modo, el § 86 a StGB se convierte en una especie de cajón de sastre con objetivos muy distintos y sin un bien jurídico definido.

Además, en los últimos años se ha producido cierta flexibilización respecto a la simbología nazi, hasta ahora vedada salvo cuando se empleaba con carácter informativo, artístico o científico. Así sucede con los libros de historia, la venta de objetos en anticuarios, la documentación o las obras de arte<sup>51</sup>. En 2018 se admitió su incorporación a los videojuegos, decisión que acabó con la precaución sobre las consecuencias nefastas de que los niños crecieran con esos referentes y se acostumbraran a ellos<sup>52</sup>.

En definitiva, hoy solo cabe sustentar el § 86 a StGB aduciendo la defensa del orden constitucional, que por su carácter genérico no puede ser el bien jurídico protegido. Precisamente, y como se verá, el TEDH respaldó esta norma basándose en aquellos fundamentos iniciales relativos a la ruptura con el nazismo.

## 2.2. CONSTITUCIONALIDAD

### 2.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de junio de 2006

El Tribunal Constitucional Federal ha avalado en varias resoluciones el § 86 a StGB, pese a que sitúa la libertad de expresión a la cabeza de los derechos fundamentales y que el § 86 a no tutela un bien jurídico claramente prevalente.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional afirma que la libertad de expresión es uno de los derechos esenciales, puesto que posibilita el contraste de opiniones, fundamental en un Estado democrático<sup>53</sup>. En cierta forma constituye el fundamento de toda libertad<sup>54</sup>. Solo la dignidad tiene carácter supremo y no puede ponderarse con ella.

Pues bien, en la sentencia de 1 de junio de 2006<sup>55</sup> el Tribunal Constitucional analizó la condena impuesta al recurrente en virtud del apartado 2 por usar un símbolo confusamente similar a otro prohibido. En concreto, durante una manifestación de la extrema derecha proclamó el lema «Gloria y honor de las Waffen-SS», que los tribunales estimaron semejante al empleado por las SS: «Nuestro honor es lealtad».

En este sentido, la sentencia especifica cuándo un símbolo es «confusamente similar» a otro prohibido. Según la resolución impugnada, bastaba que quien lo percibiera pudiera asociarlo a una organización ilegal, aunque no fuera similar a ningún símbolo auténtico. En cambio, el Tribunal Constitucional declaró que es necesario que induzca a confusión respecto a uno realmente existente.



Además, se refiere al fundamento del § 86 a StGB en estos términos:

«El § 86 a StGB tiene como fin evitar tanto la resurrección simbólica de determinadas organizaciones [...] como de las aspiraciones de dichas asociaciones. Con este propósito, el uso de los símbolos de estas organizaciones es punible [...] Por otro lado, no importa si se emplea precisamente con la voluntad de apoyar a la organización que representa [...] La norma prohíbe utilizar tales signos fundamentalmente en la vida política en la República Federal de Alemania y crea así un tabú comunicativo».

### 2.2.2. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18 de mayo de 2009

En esta sentencia<sup>56</sup> el Tribunal Constitucional Federal ratificó la condena impuesta al recurrente mediante la aplicación del apartado 2 del § 86 a StGB por vestir una camiseta con una frase que parecía formar parte de la letra de la canción «Die Fahne hoch», de Horst Wessel, icono del nacionalsocialismo.

En este caso, se pronunció sobre el bien jurídico protegido en el § 86 a StGB:

«El objeto de protección del § 86 a StGB consiste en la prevención del resurgimiento simbólico de ciertas organizaciones, expresado mediante el uso de algún signo, así como [...] de las aspiraciones de tales organizaciones [...] Como delito de peligro abstracto, evita el riesgo que es inherente al uso externo de esos signos».

«No es necesario que exista la voluntad de apoyar a la organización que representa el símbolo. Por lo tanto, la norma básicamente destierra ciertos signos característicos de la imagen de la vida política y establece así un “tabú comunicativo”. Debe evitarse en la República Federal de Alemania, la apariencia de una evolución política contraria al Estado de Derecho, donde se toleran las aspiraciones inconstitucionales que representan los símbolos prohibidos».

### 2.2.3. Comentario

De estas resoluciones se desprende que el fin del § 86 a StGB es evitar el resurgimiento simbólico de ciertas organizaciones y de sus fines, es decir, la aparición de signos que las evoquen y el riesgo inherente a su difusión en el espacio público, en clara alusión a los del nacionalsocialismo. Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional Federal afirma que este es el objeto de tutela, falta concretar cuál es ese peligro que su uso comporta.

Pues bien, cabe entender que la norma persigue un doble objetivo. Por una parte, impedir la efectiva creación de grupos neonazis. Y, por otra, borrar cualquier seña que recuerde el Tercer Reich con el propósito de restablecer el prestigio de Alemania.

Sin embargo, como he dicho, ninguno de ellos puede integrar el bien jurídico protegido. Exhibir un símbolo en una reunión, o incluso en público, no genera ese riesgo —la creación de organizaciones afines al nacionalsocialismo—, máxime si quien lo muestra es contrario a esta ideología.

Asimismo, salvaguardar la reputación del país presentando una imagen de Estado democrático opuesta a la dictadura nazi es un fin simbólico, no un interés esencial que pueda constituir el objeto de tutela.

Adicionalmente, esos fundamentos no se sostienen respecto a los distintivos de otras organizaciones como los del Estado islámico. Como señaló el Ministerio del Interior, la prohibición de esta asociación y de sus signos pretende frenar la proliferación de los grupos fundamentalistas y de su simbología. Por consiguiente, el objetivo de esta prohibición no es eliminar de la vida pública elementos que recuerdan a una época anterior, sino contener la expansión de grupos más o menos recientes.

Por lo tanto, ni el peligro de que surjan grupos neonazis ni la protección del prestigio del país pueden reputarse bienes jurídicos protegidos.

En cambio, el Tribunal Constitucional no cita como objeto de protección la paz pública ni el orden constitucional.

A mi modo de ver, la libertad de expresión queda restringida sin que exista un bien jurídico prioritario que lo justifique.

## 2.3. REFRENDO EXCEPCIONAL DEL TEDH

### 2.3.1. El pasado de Alemania

El TEDH respaldó el § 86 a StGB en el caso *Hans Burkhard Nix c. Germany*, de 13 de marzo de 2018<sup>57</sup>. El solicitante fue condenado por publicar en su blog varios correos electrónicos dirigidos al encargado de la oficina de empleo en los que le acusaba de discriminar a su hija por ser de origen inmigrante, ya que la había orientado a la formación profesional y no a los estudios universitarios. El funcionario había solicitado a la joven copia de su expediente, recordándole la necesidad de inscribirse en la oficina de empleo si se decantaba por ese tipo de formación.

En uno de sus mensajes, el demandante incorporó una imagen de Himmler con una esvástica<sup>58</sup> y reprodujo una cita sobre la escolarización en Europa del Este durante la ocupación nazi, indicando que los padres que querían ofrecer una buena educación a sus hijos tenían que presentar una solicitud a las SS.

De este modo, el padre pretendía criticar la política educativa de la oficina de empleo actual mediante su equiparación a la que en su día fue aplicada por Hitler.

El TEDH recordó que se ya se habían formulado denuncias sobre menores inmigrantes presuntamente discriminados en las oficinas de empleo, por lo que era posible que el recurrente quisiera contribuir a un debate de interés público.

Sin embargo, confirmó la decisión de los tribunales alemanes y analizó la condena a la luz del artículo 10, apartado 2 CEDH, que exige los siguientes requisitos para restringir la libertad de expresión: que la limitación esté prevista en la ley nacional, que responda a un fin legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática<sup>59</sup>.

El tribunal sostuvo que la conducta estaba regulada en el § 86 a StGB y que el objetivo de la norma es evitar la reactivación de las organizaciones prohibidas o inconstitucionales y

de las ideas que persiguen, vetando sus símbolos con el fin de mantener la paz política. Por lo tanto, concluyó, la injerencia se realizó respetando la legislación y persiguió un fin lícito.

Respecto al tercer requisito, el TEDH subrayó que, al examinar si existe una necesidad apremiante de interferir en la libertad de expresión, es necesario atender al contexto histórico del Estado demandado. Con base en esta consideración, defendió la legitimidad del § 86 a StGB recurriendo a estos argumentos:

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

Si bien el uso crítico de los signos no basta para eximir de responsabilidad penal, de acuerdo con uno de los propósitos de la disposición (el de prohibir por completo esos símbolos en la vida política alemana), el Tribunal estima que la exención de responsabilidad penal cuando hay una oposición “clara y evidente” a la ideología representada por los signos utilizados, constituye una salvaguarda importante del derecho a la libertad de expresión».

La Corte señaló que la publicación sancionada no contenía ninguna referencia a las anteriores, por lo que no se advertía que formara parte de un conjunto de reflexiones que contribuyera al debate público, y argumentó que es precisamente el uso gratuito de signos lo que pretende impedir el § 86 a StGB. El objetivo de la norma es evitar que la población se acostumbre a ciertos símbolos, de ahí que prohíba su difusión en todos los medios de comunicación: es el llamado «tabú comunicativo»<sup>60</sup>.

### 2.3.2. Comentario

El TEDH corroboró en su sentencia los argumentos del Tribunal Constitucional alemán, si bien se refirió directamente a los símbolos nazis como objeto de prohibición. Mediante la norma que aquí es objeto de análisis, el Gobierno actual expresa su ruptura con el Tercer Reich y su rechazo a la barbarie perpetrada por Hitler. Para la corte, esta separación es incluso una obligación del Estado alemán. Se trata de una disposición dirigida a conservar la paz política y referida a la reputación del país. En el caso *Hans Burkhard Nix c. Germany*, la sentencia patentiza dicho fundamento, puesto que cita expresamente a los observadores extranjeros, que han señalado que Alemania debe cuidar su imagen democrática también de cara a las otras naciones.

Además, dado que lo que se persigue es borrar esos signos de la comunidad, la sentencia justifica el castigo impuesto por los tribunales sin atender a la finalidad del autor. Solo se excluirá la tipicidad cuando, al usar tales signos, el autor muestre de manera inequívoca su rechazo al nazismo, porque se habrá logrado igualmente el objetivo de expresar esa oposición.

Así pues, es evidente que para el TEDH el objeto de tutela en el § 86 a StGB es el prestigio del Estado alemán, que se vería dañado si la difusión de símbolos nazis se generalizara.

Ahora bien, este razonamiento ya no es válido en el marco de la regulación actual, que ha prohibido las organizaciones y la simbología de signos diferentes a los nacionalsocialistas.

En consecuencia, la conducta tipificada en el § 86 a StGB no comporta ningún peligro para un bien *concreto* merecedor de tutela.

## 2.4. UN MODELO INASUMIBLE EN NUESTRO DERECHO

El § 86 a StGB no puede tomarse como referente en nuestra legislación para crear un nuevo delito consistente en la utilización en público de símbolos fascistas, cada vez más presentes en la sociedad.

Por una parte, porque esa norma tipifica el uso de signos de cualquier partido u organización inconstitucional o prohibido y no solo de los nacionalsocialistas, pese a que el motivo que llevó al legislador a crearla fue frenar este tipo de propaganda, razón por la cual cumple la exigencia de ley general del artículo 5.2 de la Ley Fundamental para restringir la libertad de expresión.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que esa previsión genérica es conforme con la prohibición de discriminación por razón de las creencias o concepciones políticas prevista en el artículo 3.3 de la Ley Fundamental. No cabe, pues, sancionar en el tipo penal únicamente la utilización de los distintivos de ciertas organizaciones, previsión que sería contraria a ese precepto constitucional.

Pues bien, este mismo principio está consagrado en el artículo 14 CE, que garantiza la no discriminación por razón de las opiniones, de forma que tampoco en nuestro Estado Democrático deben establecerse distinciones entre los diferentes regímenes totalitarios.

Por otra parte, una disposición de ese tenor sería contraria al principio de ofensividad, en la medida en que la conducta no afecta a un bien jurídico definido. El Tribunal Constitucional Federal afirmó que con ella se trataba de impedir el resurgimiento simbólico de las organizaciones inconstitucionales o prohibidas y de sus objetivos. En cambio, la mera exhibición de un signo dictatorial no conlleva el riesgo de que se creen dichos grupos. Además, tal fundamento no es predicable de las asociaciones de reciente aparición en Alemania, distintas a las de extrema derecha, para las que, según manifestó el legislador, se introdujo el § 86 a StGB.

El propio Tribunal Constitucional Federal sostuvo que mediante ese precepto pretende evitar, fundamentalmente, la aparición de dichos signos en la imagen pública alemana y, con ella, la apariencia de que ha habido una evolución política que ha llevado a tolerar las organizaciones prohibidas y sus símbolos. Se impone, así, un «tabú comunicativo», que impide que los distintivos nazis estén presentes en la sociedad.

Por lo tanto, el delito tiene un carácter claramente simbólico, dado que su objetivo es impedir que se vincule a la sociedad actual con su pasado y con la tiranía nacionalsocialista. En definitiva, el precepto persigue la preservación de la reputación de Alemania.

Por ese motivo lo avala el TEDH, que establece el deber del Estado alemán de distanciarse de esa etapa histórica y de las atrocidades cometidas bajo el mandato de Hitler, así como de proyectar hacia el exterior su carácter de sociedad inequívocamente democrática.

Además, hay que tener en cuenta que la Ley Fundamental se adoptó en 1949, poco después del Holocausto, circunstancia que condujo al constituyente a asumir un sistema de «democracia militante» en el que se imponen determinados valores que no son susceptibles de reforma constitucional, en especial los que regulan las bases de la República Federal de Alemania y los pilares que la conforman. En concreto, el artículo 18 prevé la posibilidad de privar de derechos fundamentales en caso de que se empleen para combatir el régimen esencial de libertad y democracia. A la cabeza de esos derechos que pueden negarse se cita la libertad de expresión<sup>61</sup>. En este contexto se enmarca el § 86 a StGB, que restringió extraordinariamente este derecho en la medida en que la conducta se concebía como un peligro para el orden político actual.

En cambio, y como se verá, en nuestro ordenamiento no existe una norma similar. Por ello, el Tribunal Constitucional ha rechazado ese modelo de «democracia militante» y ha otorgado una dimensión muy amplia al derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1. CE. En este sentido, resulta inconcebible que nuestro ordenamiento acoja un precepto análogo al alemán.

Por consiguiente, en España no tiene cabida un delito semejante al del § 86 a StGB, puesto que en tal caso resultarían frontalmente vulnerados los principios penales esenciales, comenzando por el principio de proporcionalidad (arts. 1, 10 y 17 CE).

### 3. POSTURA DEL TEDH SOBRE EL USO DE SÍMBOLOS TOTALITARIOS

Con carácter general, el TEDH ha determinado que la exhibición de signos dictatoriales pertenece al derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 10.1 CEDH.

En el caso *Vajnai c. Hungría*, de 8 de octubre de 2008<sup>62</sup>, estimó que se había violado la libertad de expresión del demandante, que fue condenado por llevar en público una estrella roja de cinco puntas.

A juicio del Gobierno húngaro, todas las ideologías absolutistas deben tratarse en pie de igualdad y, por lo tanto, la exhibición de una estrella roja ha de considerarse una conducta despectiva hacia las víctimas de las dictaduras comunistas<sup>63</sup>.

El TEDH adujo que dicho emblema también representa a partidos políticos legales, aunque también se pronunció sobre su uso como distintivo de aquel régimen autoritario, y argumentó que en la conducta del demandante no cabía apreciar un peligro real y actual de que cualquier partido o movimiento político restaurara una dictadura comunista en Hungría<sup>64</sup>.

Por otra parte, el Gobierno no apuntó la existencia de un peligro real o incluso remoto de desorden provocado por la exposición de la estrella roja; por ello, el tribunal afirmó que la contención de un riesgo meramente especulativo no puede considerarse una «necesidad social acuciante», como exige el artículo 10.2 CEDH para limitar la libertad de expresión, y añadió que, si esa ostentación provocara disturbios, cabría aplicar otros delitos.

Por consiguiente, el TEDH declaró que la propagación potencial de la ideología totalitaria a través de la exhibición de la estrella roja, por detestable que sea, no puede legitimar la limitación de la libertad de expresión mediante una sanción penal.

La corte reconoce que, dado el terror sistemático empleado para consolidar el régimen comunista en varios países, la exhibición de esa insignia podría crear malestar entre las víctimas y sus familiares, pero determinó asimismo que en un sistema democrático no cabe restringir los derechos humanos con el fin de satisfacer los dictados del sentimiento público, dado no existía una necesidad apremiante.

En consecuencia, resolvió que la imposición de una pena, incluso leve, resultaba desproporcionada<sup>65</sup>.

Así pues, el TEDH dejó claro que la mostración pública de un símbolo dictatorial está amparada por la libertad de expresión, derecho que prevalece aunque se divulgue el ideario tiránico que representa ese signo. La corte sostuvo que, para sancionar ese acto, ni siquiera es suficiente el peligro concreto de que provoque alteraciones del orden público, y añadió que en Hungría no existe el riesgo de que surjan movimientos que pretendan implantar la dictadura comunista. Por lo tanto, concluyó que el uso de tales signos solo podrá prohibirse en aquellos países en los que exista una situación de crispación tal que haga que ese hecho pueda inducir a derrocar al poder democrático.

En el caso *Fratanoló c. Hungría*, de 8 de marzo 2012<sup>66</sup>, el TEDH también entendió que se había infringido la libertad de expresión del demandante, condenado por exhibir una estrella roja de cinco puntas.

La corte declaró aplicable la doctrina establecida en el caso *Vajnai c. Hungría* y recordó que, para que la sanción esté justificada, es necesaria la existencia de un peligro real y presente de que cualquier grupo restablezca la dictadura comunista, y que no basta la propagación potencial de esta ideología autoritaria<sup>67</sup>.

Por su parte, en el caso *Fáber c. Hungría*, de 24 de octubre de 2012<sup>68</sup>, el TEDH determinó que el Estado húngaro vulneró la libertad de expresión del recurrente al castigarle por no retirar una bandera a rayas-Árpád (utilizada por los nazis húngaros)<sup>69</sup> durante una manifestación.

Para el TEDH, la exhibición de un símbolo asociado a cualquier movimiento político, aunque suponga identificación con sus ideas, está tutelada por ese derecho.

En la medida en que la bandera se alzó en una manifestación, la corte europea hizo referencia al derecho de reunión pacífica garantizado en el artículo 11.1 CEDH, y afirmó

que el mismo queda protegido aunque las ideas que se promuevan puedan molestar u ofender<sup>70</sup>. Además, citó el caso *Christians against Racism and Fascism c. Reino Unido*, de 16 julio 1980<sup>71</sup>, en el que había declarado que la posibilidad de contramanifestaciones violentas o el ejercicio de violencia por personas ajenas a la organización no pueden limitar ese derecho<sup>72</sup>. Y agregó que el riesgo de desencadenar episodios de violencia no es suficiente para prohibir una manifestación, aunque en ella se exhiban signos contrarios al sistema democrático.

En consecuencia, la mera muestra de un símbolo dictatorial en público o en una manifestación, por repudiable que resulte, e incluso aunque pueda provocar acciones violentas, queda amparada por los artículos 10 y 11 CEDH.

Ahora bien, como se ha señalado, el TEDH se ha apartado de estas tesis al analizar el § 86 a StGB, teniendo en cuenta las dramáticas circunstancias históricas de Alemania. En este caso, admite la sanción del simple uso de un signo de una organización inconstitucional o prohibida porque entiende que el Estado debe mostrar su rechazo absoluto a la tiranía vigente durante el régimen nacionalsocialista.

Al igual que la Ley Fundamental alemana, el CEDH fue adoptado en 1950<sup>73</sup>, tras el genocidio nazi, por lo que su objetivo primordial era proteger la democracia e impedir la implantación de nuevos regímenes dictatoriales con la mira puesta, particularmente, en el fascismo que había asolado Europa<sup>74</sup>. Esto explica la incorporación del artículo 17 —prohibición de abuso del Derecho—, que responde a la idea de la «democracia militante» y que, según el TEDH, tiene por objeto evitar que los partidarios del totalitarismo puedan utilizar en su favor los derechos reconocidos en el Convenio<sup>75</sup>. En este supuesto, el TEDH rechaza *ab initio* la demanda presentada cuando estima que las expresiones vertidas por el solicitante son tan graves que niegan los valores esenciales del Convenio<sup>76</sup>. Por ello, no entra a valorar si se dan las condiciones previstas en el artículo 10.2 CEDH para imponer eventualmente «formalidades, condiciones, restricciones o sanciones»<sup>77</sup> a la libertad de expresión garantizada en el apartado primero de ese precepto. Pues bien, el TEDH aplica el artículo 17 especialmente respecto a declaraciones relativas al nacionalsocialismo y, en particular, a la negación del genocidio nazi<sup>78</sup>, al entender que no cabe utilizar la libertad de expresión para lesionar la dignidad de las víctimas<sup>79</sup>. En este sentido, es paradigmática la sentencia del caso *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003<sup>80</sup>, en la que aplicó el art.17 y señaló expresamente que la negación del Holocausto supone siempre una difamación contra los judíos.

Dentro de este modelo, coincidente con el de la Ley Fundamental alemana, el TEDH admite, pues, una mayor restricción de la libertad de expresión, y justifica la admisión del § 86 a StGB porque constituye un instrumento creado para evitar la difusión y exhibición simbología nazi y para desaprobado las atrocidades protagonizada por Alemania durante el Tercer Reich.



## 4. EL USO DE SÍMBOLOS AUTORITARIOS EN ESPAÑA

### 4.1. ENCAJE CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El Tribunal Constitucional español mantiene una postura semejante a la de su homólogo alemán y reconoce la primacía de la libertad de expresión sobre los demás derechos fundamentales<sup>81</sup> —excepción hecha de la dignidad humana— en la medida en que garantiza una opinión pública libre<sup>82</sup>, y declara que, cuando colisiona con otro derecho, procede llevar a cabo un juicio de ponderación<sup>83</sup> y solo cabe su restricción cuando la conducta rebasa su contenido<sup>84</sup>, debiéndose evitar, además, que el Derecho penal disuada de su ejercicio legítimo<sup>85</sup>.

Pues bien, en lo que atañe al apoyo a dictaduras y, en concreto, al nacionalsocialismo, nuestro Tribunal Constitucional se pronunció en la conocida STC 214/1991, de 11 de noviembre<sup>86</sup>, sentencia en la que declaró que las meras opiniones sobre la actuación nazi con respecto a los judíos, por reprobables o tergiversadas que sean, están amparadas por la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y la libertad ideológica (art. 16 CE). No obstante, añadió que en los supuestos en los que se emitan juicios de valor discriminatorios<sup>87</sup> u ofensivos para el honor de sus víctimas, estas expresiones quedan excluidas de la cobertura de los preceptos arriba citados<sup>88</sup>.

Igualmente, en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, relativa a expresiones sobre el Holocausto plasmadas en un cómic, el TC afirmó que «[...] al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático»<sup>89</sup>, si bien fijó como límite los apelativos formalmente injuriosos, innecesarios para la labor informativa o la formación de la opinión<sup>90</sup>.

En la STC —Pleno— 235/2007, de 7 de noviembre, afirmó que nuestra Constitución no permite tipificar como delito la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que sean execrables por resultar contrarias a la dignidad humana y, como es sabido, declaró inconstitucional el ilícito consistente en la difusión de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio. En cambio, considera que la difusión de aquellas que justifiquen estos crímenes es constitucional en dos casos: primero, si supone una provocación, aunque sea indirecta, al genocidio, y, segundo, cuando represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación<sup>91</sup>. Sin embargo, el TC no se pronunció sobre la tercera conducta prevista en el artículo 607.2 CP, que castigaba la difusión de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen los delitos de genocidio, al entender que no era objeto de la cuestión planteada<sup>92</sup>. Ahora bien, tratándose de la transmisión de una opinión es razonable pensar que la respuesta habría coincidido con la primera<sup>93</sup>.

Por otra parte, el TC declara que en nuestro sistema no cabe un modelo de «democracia militante» en el que se imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. En consecuencia, determinó que la libertad de expresión no puede restringirse porque se ejerza para divulgar ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la norma fundamental<sup>94</sup>.



Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha aplicado la doctrina de esta sentencia al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP, al estimar que estas conductas presentan una «similitud estructural» con los tipos de negación y justificación del genocidio analizados en esa resolución<sup>95</sup>. En consecuencia, ha declarado que solo cabe sancionarlas penalmente cuando «[...] puedan ser consideradas como una manifestación del “discurso del odio” por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»<sup>96</sup>, es decir, cuando inciten a la violencia<sup>97</sup>.

En definitiva, frente las crecientes demandas y propuestas para sancionar la exhibición de símbolos totalitarios, es preciso recordar la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual esos signos no pueden prohibirse, aunque quien los exhiba refleje su oposición al sistema democrático actual y su deseo de que se implante algún tipo de régimen dictatorial, dado que esta conducta no ofende el honor de las víctimas ni conlleva una incitación a la discriminación o la violencia que legitime su castigo.

## 4.2. SU DIFUSIÓN COMO FORMA DE INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

### 4.2.1. Contraste con la jurisprudencia tradicional

Los hechos enjuiciados en la STS 675/2020, de 11 de diciembre, a la que luego me referiré, presentan cierta similitud con los que dieron lugar a la STS 259/2011, de 12 de abril, sobre el conocido caso de la librería Kalki. Esta resolución absolvió al titular del establecimiento que, junto a otros, había sido condenado por un delito de difusión de ideas genocidas del artículo 607.2 CP. La resolución declaró probado que vendía y distribuía a través de su página web publicaciones que justificaban los crímenes cometidos durante el Tercer Reich, que incitaban a la eliminación del pueblo judío y que tenían por finalidad generar discriminación, odio y violencia contra ellos, propugnando la reinstauración de regímenes totalitarios. Dichos textos ensalzaban la simbología nazi («La cruz gamada es la bandera»).

El TS argumentó que «[...] la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, tradicionalmente, y aún hoy, identificados como izquierda y derecha. Incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas», añadiendo que el legislador puede intervenir penalmente solo cuando los hechos lesionen o creen un peligro real para la integridad de bienes jurídicos esenciales. En este sentido, precisa que la difusión de ideas violentas solo puede ser perseguida si supone una incitación hacer efectiva esa violencia. En el caso enjuiciado, el TS resolvió que la divulgación del citado material no comportaba este riesgo.

Adicionalmente, los recurrentes habían sido condenados por un delito de pertenencia a una asociación ilícita que promueve la discriminación, el odio y la violencia contra los judíos (art. 515.4º CP).

El Tribunal Supremo tomó en consideración los emblemas nazis intervenidos para confirmar la ideología xenófoba del grupo, pero señaló que para aplicar ese ilícito no basta acreditar que los acusados profesan esas ideas, sino que es preciso demostrar que la organización promovía la discriminación, lo que no se deduce de la resolución recurrida<sup>98</sup>. Por lo tanto, estimó que la posesión y el eventual uso de los signos fascistas no inducían a la discriminación.

Así pues, el TS concluyó que ni la distribución de textos con lemas totalitarios ni la tenencia y posible utilización de tales símbolos incitan a realizar actos ilícitos, sino que forman parte de la libertad de expresión.

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido hasta resoluciones recientes. En la STS 223/2020, de 24 de septiembre, el TS declaró que para aplicar el artículo 510 CP «[...] no basta con expresar ideas u opiniones “odiosas”, sino que será necesario que se inste o se anime a la ulterior comisión de hechos discriminatorios, de forma que exista el riesgo real, aunque sea potencial, de que se lleven a cabo»<sup>99</sup>.

Esta sentencia restringe incluso el campo de aplicación de este precepto y precisa que la conducta fomente el odio y que debe comportar un peligro cierto de que se ejecuten acciones discriminatorias.

A tenor de esta jurisprudencia, la exhibición o difusión de un signo dictatorial no puede sancionarse *ex* artículo 510 CP, en la medida en que esas conductas no comportan el favorecimiento o la provocación exigidos por esta norma.

#### 4.2.2. Una crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo 675/2020, de 11 diciembre

En esta resolución, el Tribunal Supremo ratificó la sentencia impugnada, que aplicó a los recurrentes el artículo 510.1 CP por distribuir canciones de contenido discriminatorio, así como materiales con mensajes racistas y signos nazis.

A juicio del TS, la difusión de esa simbología no sirve meramente para constatar la ideología xenófoba de los autores, sino que constituye un hecho delictivo autónomo al que se atribuye el mismo significado de incitación al odio y la violencia que a las canciones.

El TS sostuvo que los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), lo cataloga como un delito de peligro abstracto<sup>100</sup> y afirma que, para consumarlo, basta que la conducta sea potencialmente idónea para incitar al odio, la violencia o la discriminación<sup>101</sup>.

Para justificar el fallo, el TS trae a colación varias resoluciones, concretamente la STS 72/2018, de 9 de febrero, en la que declaró que el artículo 510 CP exige «[...] la realización de unas ofensas incluidas en el “discurso del odio” pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación<sup>102</sup>. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad»<sup>103</sup>.

Además, el TS citó la STS 646/2018, de 14 de diciembre, en la que afirmó que el delito del artículo 510 CP no exige la generación de una situación de peligro abstracto, concreto o hipotético, aunque sí una aptitud para crear una situación de peligro, que sea tenida por seria, para la dignidad de las personas a las que se refiere<sup>104</sup>.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo únicamente precisa que las expresiones deben ser idóneas para fomentar el odio, la hostilidad, violencia o discriminación y presupone esta idoneidad cuando el mensaje es discriminatorio atendiendo a los sentimientos comunes de la ciudadanía.

Pues bien, si respecto a las composiciones musicales el Tribunal pudo entender que eran aptas para inducir al odio y la violencia y aplicar el artículo 510.1 CP, la distribución de emblemas fascistas no es equiparable a ellas ni tiene cabida en esa norma<sup>105</sup>.

Quiénes adquieren esos artículos suelen ser personas afines a la dictadura que representan los signos. En este caso, el hecho de facilitarlos o dispensarlos no provoca sentimientos racistas o discriminatorios, sentimientos que ya poseen las personas que los compran. Por otra parte, es posible que los adquieran únicamente para poseerlos. No obstante, aunque pretendan exhibirlos en manifestaciones o en otros escenarios públicos, estas conductas simplemente reflejan la adhesión de quien los muestra a un sistema autoritario. Y, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la emisión de estas opiniones, incluso si revelan el deseo de que se instaure ese régimen, constituyen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Si ello es así respecto a quienes utilizan los emblemas, con mayor razón cabe sostener que su venta está amparada por este derecho, dado que se trata de una actividad previa y que es perfectamente posible que quien los adquiera no los muestre en público.

Por esta razón, no comparto la tesis de que la distribución pueda considerarse una forma de incitación, ni siquiera indirecta, al odio o la violencia.

Suele citarse el Derecho alemán como referente para castigar este tipo de actos. Sin embargo el ordenamiento jurídico germano no sanciona el uso de símbolos prohibidos por entender que incita al odio o la violencia contra ciertos grupos nacionales, raciales o religiosos, o contra sus miembros, o porque afecte a su dignidad, dado que las expresiones que provocan estos efectos se prevén en el § 130.1 StGB<sup>106</sup>, precepto cuyo primer supuesto requiere que el autor reclame medidas violentas o tiránicas<sup>107</sup>. Esa conducta se tipifica en el § 86 a StGB, que, como se ha visto, tiene un fundamento distinto.

En definitiva, la exposición de esos símbolos forma parte del derecho a la libertad de expresión y no puede ser castigada mediante la aplicación del artículo 510.1 CP.

## 5. CONCLUSIONES

En nuestro país, los límites del derecho a la libertad de expresión son cada vez más difusos. El legislador trató de garantizar cierta holgura al derecho cuando reguló con carácter general la apología en el artículo 18.1 CP, que requiere una incitación directa al delito. Sin

embargo, pecó de excesiva ambigüedad en algunas figuras, particularmente en el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578.1 CP —en el que no plasmó esta exigencia—, y en el delito tipificado en el artículo 510 CP —que tan solo exige el favorecimiento indirecto del odio contra determinados grupos o sus integrantes—.

Además, la identificación del elemento circunstancial, que contribuía a precisar la gravedad e idoneidad para provocar acciones delictivas cuando las expresiones se hicieran en manifestaciones o mítines, se ha visto actualmente dificultada con la irrupción de las redes sociales, en las que los mensajes a menudo se expresan mediante la difusión de canciones u otras obras culturales o artísticas<sup>108</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha mantenido la senda correcta, declarando que la restricción de la libertad de expresión es constitucional solo cuando la conducta genere, al menos, un riesgo para otros bienes superiores como la dignidad, el derecho a la no discriminación o el orden público. Así lo estableció en su célebre sentencia 235/2007 y, más recientemente, lo ha hecho respecto al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, en el que, pese a que el tipo no lo especifica, precisa que es necesario que concurra el peligro de que se desencadenen acciones violentas.

En contraste, en la práctica judicial y, en especial, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se echa en falta esa uniformidad<sup>109</sup>. La disparidad se advierte en las resoluciones relativas al artículo 578.1 CP y, en particular, en las que se refieren a la humillación a las víctimas del terrorismo, sentencias en las que se combinan los fallos condenatorios y los absolutorios por la expresión de determinadas frases y consignas en internet que, en algunos casos, no son sustancialmente distintas<sup>110</sup>. En cuanto al enaltecimiento y justificación del terrorismo, en los últimos años el Tribunal Supremo sí había adoptado la doctrina del Tribunal Constitucional, que exige que se incite indirectamente a su comisión para aplicar aquel precepto<sup>111</sup>. Sin embargo, en la polémica STS 135/2020, de 7 de mayo, que condenó a Pablo Hasél, tras afirmar esa exigencia, declara que es un delito de peligro abstracto que se agota con la realización de la conducta, estimando, por tanto, inherente a la misma la peligrosidad salvo que en el caso concreto se pruebe que quedó excluida de antemano<sup>112</sup>. Por tanto, se advierte un lamentable retroceso, en la medida en que presume esa provocación en las acciones típicas y fija su punición como regla general.

Lo mismo sucede con el artículo 510.1 CP, que castiga a quienes públicamente fomentan, promueven o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o sus miembros por motivos de intolerancia. En algunas resoluciones, el Tribunal Supremo considera suficiente la idoneidad de las expresiones para promover esos efectos, y no exige, como establece el Tribunal Constitucional, la concurrencia de un riesgo real de que puedan realizarse actos de discriminación.

Pero, como se ha visto en la STS 675/2020, de 11 diciembre, el TS dio un paso más y aplicó el 510.1 no solo por la difusión de canciones que, a su juicio, incitaban al odio y la discriminación, sino también por la venta de artículos y símbolos nazis, conductas a las que atribuyó similar potencial provocador.

La disparidad que se advierte en el plano jurídico se ve acrecentada en la esfera social, donde se reclaman reformas de signo opuesto de los delitos que atañen a la libertad de expresión. Por un lado, se reivindica el castigo de los actos de ensalzamiento del franquismo y el uso de símbolos fascistas y, por otro, se viven escenarios como los protagonizados por las personas que reclamaron la libertad de Pablo Hasél y la despenalización del enaltecimiento del terrorismo. La primera propuesta conlleva una mayor restricción de la libertad de expresión, mientras que la segunda supone su ampliación; paradójicamente, algunas voces defienden la pertinencia de ambas reformas. Por otra parte, las críticas a esas posturas no dependen tanto de su contenido cuanto del perfil político del grupo que las alienta.

A su vez, estas demandas ciudadanas se han reflejado en diversas iniciativas de los poderes públicos<sup>113</sup>. Se han planteado varias Proposiciones de Ley dirigidas a sancionar penalmente el enaltecimiento del franquismo<sup>114</sup> y una Proposición no de Ley que plantea tipificar también el uso de la simbología fascista. Algunos dirigentes políticos han manifestado su intención de prohibir estos signos, y el Gobierno ha anunciado que propondrá una reforma del Código Penal para que las conductas relacionadas con la libertad de expresión solo se castiguen cuando claramente creen un riesgo para el orden público o inciten a la violencia, excluyendo en todo caso las penas privativas de libertad.

Pues bien, en medio de esta escalada de confusión, inseguridad y utilización partidista del Derecho penal, es preciso hacer una llamada a la racionalidad. Y para ello resulta imprescindible recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 20.1 CE: la libertad de expresión ampara cualquier opinión, por equivocada o peligrosa que puedan ser, incluso aquellas que suponen un ataque al propio sistema democrático.

Obviamente, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino limitado, y entre estos límites se encuentra la dignidad humana (art. 10 CE) y el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación (art. 14 CE)<sup>115</sup>. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el balance entre estos derechos y el del artículo 20.1 CP respecto al derogado artículo 607.2 CP. Entonces anuló el tipo consistente en la difusión de ideas o doctrinas que negaran el genocidio, al entender que no afectaba a ningún bien jurídico protegido. En cambio, mantuvo la posibilidad de castigar la difusión de aquellas que justifiquen ese delito cuando inciten a cometerlo o creen un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación. De esta forma, pone de relieve que, para ser punibles, las expresiones han de fomentar un clima social de tensión que propicie la realización actuaciones concretas de carácter discriminatorio.

El Tribunal Supremo acogió esta tesis en la sentencia 259/2011, de 12 de abril, en la que declaró amparadas por la libertad de expresión todas las opiniones políticas, aunque sean contrarias al sistema democrático. En consecuencia, absolvió a los acusados por editar y distribuir publicaciones que, según la resolución impugnada, incitaban a la discriminación, el odio y la violencia contra los judíos, abogaban por la reinstauración de regímenes totalitarios y ensalzaban la simbología nazi. Pese a todo, el Tribunal consideró que no existía un peligro real para ningún bien tutelado.

Por su parte el TEDH ha atribuido el máximo valor a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político. Bajo la cobertura de ese derecho, reconocido en el artículo 10.1 CEDH, sitúa el uso de símbolos dictatoriales, que no cabe prohibir para impedir la difusión de dicha ideología, ni siquiera cuando comporte un peligro para el orden público. No obstante, ha hecho una excepción respecto al Derecho alemán, respaldando la punición de esa conducta. Sin embargo, como ya se ha dicho, no la apoya porque entienda que induce al odio, la violencia o la discriminación contra un grupo o sus miembros, o porque ofende a su dignidad, dado que las expresiones que provocan estos efectos se sancionan en el § 130.1 StGB. La Corte estima que el § 86 a StGB, que castiga la utilización de signos de partidos u organizaciones inconstitucionales o prohibidos, es un precepto idóneo para alcanzar el objetivo, a su juicio necesario, de mostrar a los demás países la condena del Estado democrático actual de las atrocidades cometidas por el nacionalsocialismo.

Pues bien, partiendo de esta jurisprudencia, me parece indefendible la creación de un delito consistente en la exhibición de símbolos fascistas o nazis, como se ha reclamado a raíz de su exhibición en algunas concentraciones de personas afines a la extrema derecha. El uso de esos u otros signos autoritarios está, sin duda, amparado por el derecho a la libertad de expresión.

En mi opinión, la decisión adoptada por el Gobierno de impulsar la revisión los delitos que afectan al derecho a la libertad de expresión para despenalizar todas aquellas conductas que no entrañen un riesgo para el orden público o la convivencia externa es positiva. En realidad, este no solo es el criterio que mantienen tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH, sino también el más coherente con la función que el derecho a la libertad de expresión desempeña en nuestra democracia y con el principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Sin embargo, esa línea político-criminal, que por fin parece ajustarse al principio de proporcionalidad y se aleja de la tendencia punitiva de las últimas reformas, se vería lamentablemente ensombrecida si se introdujera aquel nuevo ilícito.

Personalmente, me resultan despreciables todas las dictaduras y creo que el único sistema político admisible es el democrático. Ahora bien, por mucho que algunos símbolos que las encarnan repugnen a una inmensa mayoría de la ciudadanía, su uso está amparado por la libertad de expresión. La mera exhibición de esos distintivos no lesiona la dignidad de las víctimas del régimen al que representan ni constituye incitación a la discriminación. Es llanamente una manera de exponer una opinión política. Por lo tanto, esa conducta no es subsumible en el artículo 510.1 CP. Por el mismo motivo, tampoco es sancionable en virtud de esta norma la distribución de esos símbolos, es decir, el acto de facilitarlos a quienes pretendan tenerlos o usarlos<sup>116</sup>. De ahí que no comparta la postura adoptada en la STS 675/2020, de 11 diciembre, que confirmó la condena a los acusados por el hecho de vender distintivos nazis.

El legislador debe seguir la dirección anunciada por el Ministerio de Justicia, limitando la sanción penal a los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión que afecten a bienes jurídicos esenciales, lo que no sucede con la exhibición de símbolos autoritarios, fascistas o de otro carácter.

## NOTAS

1. Sobre la excesiva criminalización de los delitos de expresión a través de las redes sociales en los últimos años, extensamente, *vid.* Miró Llinares (2017: 21 ss.). Dopico Gómez-Aller (2018: 15 ss.) también hace una síntesis muy interesante de este fenómeno
2. El presidente del Movimiento contra la Intolerancia abogaba por introducir un delito semejante al previsto en Alemania, que prohíba los símbolos contrarios a la Constitución. Diario *ABC*, 30 de septiembre de 2013. Disponible en: <<https://www.abc.es/espana/20130930/abci-simbolos-nazis-espana-201309271858.html>>. Asimismo un sector doctrinal ha criticado que no se castiguen las consignas fascistas y la exhibición de su simbología. Diario *El País*, 1 de julio de 2017. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20170701/saludos-fascistas-tolerados-espana-delito-alemania-italia-6061594>>.
3. La coalición política Compromís propone prohibir en la futura Ley de Memoria Democrática de España la exhibición de símbolos nazis o fascistas. *Europa Press*, de 13 de octubre de 2020. Disponible en: <<https://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-compromis-propone-simbolos-nazis-fascistas-esten-prohibidos-espana-marcha-ultra-valencia-20201013151644.html>>.
4. Tras una concentración convocada por VOX en la que se mostró simbología nazi, el Ayuntamiento de Barcelona y otras entidades presentaron denuncias en el orden penal. Diario *La Vanguardia*, 9 de diciembre de 2020. Disponible en: <<https://www.lavanguardia.com/politica/20201209/6107849/barcelona-denuncia-exhibicion-simbolos-nazis-acto-vox-dia-6.html>>, y *El Periódico*, 8 de diciembre de 2020. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20201208/cuatro-entidades-denuncian-moscos-simbolos-vox-nazis-10423615>>.
5. «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno español a: Impulsar las iniciativas legislativas oportunas para incorporar el siguiente artículo en la sección la del capítulo IV del Título XXI de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «1. Los que desarrollen conductas de banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Se entenderá que incurrir en dichas conductas los que desarrollen cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apoloético». Disponible en: <[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF)>. Sobre ello, ampliamente, Simón Castellano (2021: 564 ss.).
6. Diario *ABC*, 30 de septiembre de 2013. Disponible en: <<https://www.dw.com/es/las-esv%C3%A1sticasy-los-s%C3%ADmbolos-nazis-a-veces-son-legales-en-alemania/a-45099131>>. Cadena Ser, 1 de octubre de 2013. Disponible en: <[https://cadenaser.com/ser/2013/10/01/espana/1380585032\\_850215.html](https://cadenaser.com/ser/2013/10/01/espana/1380585032_850215.html)>. *Nueva Revolución*, de 17 de abril de 2017. Disponible en: <<https://nuevarevolucion.es/alemania-vs-espana-los-simbolos-del-pasado/>>. *El periódico*, 1 de julio de 2017. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20170701/saludos-fascistas-tolerados-espana-delito-alemania-italia-6061594>>., *El Diario.es*, 2 de septiembre de 2018. Disponible en: <[https://cadenaser.com/ser/2013/10/01/espana/1380585032\\_850215.html](https://cadenaser.com/ser/2013/10/01/espana/1380585032_850215.html)>., *El Diario.Cat*, 7 de diciembre de 2020. Disponible en: <[https://www.elnacional.cat/es/politica/fija-alemania-prohibicion-total-simbolos-nazis\\_563676\\_102.html](https://www.elnacional.cat/es/politica/fija-alemania-prohibicion-total-simbolos-nazis_563676_102.html)>. La Sexta, 8 de febrero de 2021. Disponible en: <[https://www.lasexta.com/noticias/nacional/justicia-plantea-despenalizar-delitos-libertad-expresion-visperas-ingreso-prision-pablo-hasel\\_202102086021a820c7101f001540ed8.html](https://www.lasexta.com/noticias/nacional/justicia-plantea-despenalizar-delitos-libertad-expresion-visperas-ingreso-prision-pablo-hasel_202102086021a820c7101f001540ed8.html)>.
7. Sobre la progresiva restricción de la libertad de expresión en nuestro país, *vid.* Comas D'Argemir (2018: 11 ss.).



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

9. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104449>>.

10. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-182461>>.

11. «Sexagésima ley que modifica el Código penal: modernización del término «escrito» y otros términos, así como ampliación de la responsabilidad penal en virtud de los §§ 86, 86 a, 111 y 130 StGB por actos en el extranjero» («Sechzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86 a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland»), 30 de noviembre de 2020. Disponible en: <[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl120s2600.pdf%27%5D\\_\\_1610713160826](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s2600.pdf%27%5D__1610713160826)>.

12. Disponible en: <<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw25-de-stgb-698630>>.

13. Disponible en: <<https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Schriftenbegriff.html>>. Puede verse un estudio sobre la relación entre los mensajes de miembros de extrema derecha en las redes y la producción de actos de violencia en Salzborn y Maegerle (2016: 213-231).

14. «Sexta Ley de reforma del Código penal» («Sechstes Strafrechtsänderungsgesetz»), 30 de junio de 1960. Disponible en: <[https://dejure.org/BGBI/1960/BGBI\\_I\\_S\\_478](https://dejure.org/BGBI/1960/BGBI_I_S_478)>.. Esta ley reguló su contenido en el § 96 a StGB, pasando al § 86 a StGB con la «Octava Ley de reforma del Código penal» («Achstes Strafrechtsänderungsgesetz»), de 25 de junio de 1968. Disponible en: <[https://dejure.org/BGBI/1968/BGBI\\_I\\_S\\_741b](https://dejure.org/BGBI/1968/BGBI_I_S_741b)>. Los demás cambios fueron introducidos en la «Vigésimo primera Ley de reforma del Código penal» («Einundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz»), de 13 de junio de 1985. Disponible en: <[https://dejure.org/BGBI/1985/BGBI\\_I\\_S\\_965](https://dejure.org/BGBI/1985/BGBI_I_S_965)>. y, la «Ley que modifica el Código penal, el Código de procedimiento penal y otras leyes» («Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze»), de 28 de octubre de 1994. Disponible en: <<https://dejure.org/gesetz/StGB/86a.html>>. Puede verse un comentario en Landa Gorostiza (1996: 529 ss.).

15. Enders y Lange (2006: 105); Poscher (2005: 1316); Stegbauer (2002: 182); Stegbauer (2007: 173); y Trips-Hebert (2014: 7).

16. Sobre los orígenes y evolución de la legislación alemana antirracista, Landa Gorostiza (1996: 532; y 2020: 16 ss.).

17. «Gesetz fiber Versammlungen und Aufzuge», de 24 de julio de 1953. Disponible en: <[https://dejure.org/BGBI/1953/BGBI\\_I\\_S\\_684](https://dejure.org/BGBI/1953/BGBI_I_S_684)>.

18. § 4: «Está prohibido usar en público o en una reunión un signo distintivo de la antigua organización nacionalsocialista». Por su parte, el § 28 establecía una pena de prisión de hasta dos años o multa en caso de incumplimiento.

19. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 23 de octubre de 1952. Disponible en: <<https://openjur.de/u/360815.html>>.



20. Schulz (2015: 288-303).

21. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de agosto de 1956. Disponible en: <<https://openjur.de/u/335396.html>>.

22. «Grundgesetz für des Bundesrepublik Deutschland», 23 de mayo de 1949, modificada por los artículos 1 y 2 de la Ley de 29 de septiembre de 2020. Disponible en: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

23. Horst (1987: 460-473); Schulz (2015: 288); y Trips-Hebert (2014: 8).

24. «Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts», de 5 de agosto de 1964, reformada por la Ley de 30 de noviembre de 2020. Disponible en: <<https://www.gesetze-im-internet.de/vereinsg/BJNR005930964.html>>.

25. Trips-Hebert (2014: 8).

26. «Bundesamt für Verfassungsschutz». Disponible en: <<https://www.verfassungsschutz.de/>>.. Sobre las asociaciones prohibidas por este órgano en los últimos años, puede verse *La Nación*, 2 de septiembre de 2018. Disponible en: <<https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/esvasticas-banderas-saludo-prohibidos-nid2167986>>.

27. Güntge (2009: 769); Sternberg-Lieben (2019: 1355); y Schwarz-Friesel (2013: 143-144).

28. Pueden consultarse en Bundesamt für Verfassungsschutz (2018: 19 ss.); y Trips-Hebert (2014: 8 ss.).

29. Están prohibidos los símbolos del PKD, aunque no la hoz y el martillo, salvo que se identifiquen con este partido. La punición de los del FDJ es polémica, pues esta organización estaba prohibida en la vieja República Federal pero no en los nuevos estados federales, si bien la doctrina mayoritaria los considera sancionables. Trips-Hebert (2014: 12).

30. Die Bundesregierung, 12 de septiembre de 2014. Disponible en: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/terroriliz-is-in-deutschland-verbotten-426666>>. Además de los símbolos de grupos de extrema derecha e izquierda, se prohíben los de asociaciones de extranjeros islamistas o radicales, como Kurdistan-Komitee e.V., Verband der islamischen Vereine, Gemeinde e.V., Al-Aqsa e.V., y Hizb ut-Tahrir (Trips-Hebert, 2014: 9 ss.).

31. «El § 130.4 StGB no es una ley general en el sentido del artículo 5.2 de la Ley Fundamental. De acuerdo con esta norma, la libertad de expresión encuentra sus límites en las disposiciones de las leyes generales. Con esta expresión se entienden las leyes que no prohíben una opinión como tal, sino que sirven a la protección de un bien jurídico que debe tutelarse sin tener en cuenta una determinada opinión [...] Falta la generalidad de una ley cuando [...] se dirige únicamente contra ciertas creencias, actitudes o ideologías. La universalidad de la ley garantiza así una prohibición específica y estricta de la discriminación contra determinadas opiniones de conformidad con la prohibición de la discriminación o la preferencia por opiniones políticas (artículo 3.3 de la Ley Fundamental) por ser una injerencia en la libertad de expresión» (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 4 de noviembre de 2009). Disponible en: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/2-bvr-2202-08.php>>. Sobre la jurisprudencia anterior, Ludwings, Zentgraf y Axmann (2020: 9).

32. Entiende que no es una ley general Stegbauer (2002: 183).

33. Este precepto es una manifestación de la «democracia militante» que rige en Alemania, donde se impide que las normas constitucionales se utilicen en contra del sistema democrático. Cfr. Jaschke (2004: 109 y ss); y Swistek (2001: 1 ss.).

34. Degenhart (2010: 307); y Stegbauer (2007: 176).
35. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 9 de julio de 2020. Disponible en: <<https://dejure.org/dienste/lex/StGB/86a/1.html>>.
36. Wolfgang y Schmidt (2006: 140).
37. Sternberg-Lieben (2019: 1354). Sobre la crítica doctrinal a la protección de la reputación del país a través del Derecho penal, Grünwald (1979: 293).
38. Fischer (2012: 778); Güntge (2009: 768); Kühl y Heger (2018: 710); y Stegbauer (2007: 175).
39. Fischer (2012: 778); Güntge (2009: 768); Horsch (2008: 100); Kühl y Heger (2018: 710); Stegbauer (2002: 183); Stegbauer (2007: 174); Trips-Hebert (2014: 17); y Wolfgang y Schmidt (2006: 141).
40. Fischer (2012: 778); Güntge (2009: 768); Kühl y Heger (2018: 710); Stegbauer (2002: 184); Sternberg-Lieben (2019: 1354); Trips-Hebert (2014: 6); y, Wolfgang y Schmidt (2006: 140).
41. Trips-Hebert (2014: 16).
42. Stegbauer (2002: 185).
43. Sternberg-Lieben (2019: 1359).
44. Güntge (2009: 768); y Trips-Hebert (2014: 15).
45. En Alemania suscitó controversia la condena por el § 86 a StGB de un estudiante que durante un mitin entró en un control policial vistiendo una chaqueta con una esvástica tachada con dos barras rojas, de forma similar a una señal de prohibido estacionar, para manifestar su aversión a la extrema derecha. Posteriormente, la Fiscalía ha rechazado acusar por hechos semejantes (Wolfgang y Schmidt, 2006: 140).
46. Sobre la interpretación de esta expresión en la doctrina, Hefendehl (2007: 186); y Hörnle (2007: 386 y 387).
47. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 4 de noviembre de 2009. Disponible en: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/1-bvr-2150-08.php>>.
48. El «orden básico democrático libre» («freiheitliche demokratische Grundordnung») es el concepto central de la democracia militante, base para prohibir asociaciones y declarar la inconstitucionalidad de partidos políticos (Schulz, 2015: 288).
49. Respecto al contenido simbólico de algunos delitos alemanes relacionadas con la ideología nacional-socialista, Landa Gorostiza (2001: 107 y 108).
50. Die Bundesregierung, 12 de septiembre de 2014. Disponible en: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/terroriliz-is-in-deutschland-verboden-426666>>.
51. Bundesamt für Verfassungsschutz (2018: 16).
52. Diario *El Mundo*, 24 de agosto de 2018. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/tecnologia/2018/08/24/5b7fceb022601db46b8b4572.html>>.
53. El Tribunal Constitucional Federal alemán desarrolló originalmente su posición a partir de la concepción de la libertad de expresión garantizada en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, que le atribuye primacía sobre los demás derechos fundamentales (Enders, 2008: 1093).

54. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de enero de 1958. Disponible en: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=15.01.1958&Aktenzeichen=1%20BvR%20400%2F51>>.
55. Disponible en: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rk20060601\\_1bvr015003.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rk20060601_1bvr015003.html)>.
56. Disponible en: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/2-bvr-2202-08.php>>.
57. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182241>>.
58. Curiosamente, el tipo no se aplica a los retratos de Hitler o de Rudolf Heß, aunque sí a la cabeza de Hitler, símbolo del nazismo (Fischer, 2012: 780).
59. Para valorar esa necesidad se tiene en cuenta la proporcionalidad estricta, que depende de la severidad y naturaleza de las medidas y del efecto de desaliento en el ejercicio del derecho afectado (Cuerda Arnau, 2013: 218).
60. Puede verse un comentario en Fischer (2012: 778-779); Kühl y Heger (2018: 710); y Sternberg-Lieben (2019: 1354).
61. El artículo 9.2 prohíbe las asociaciones cuyos fines o actividades sean contrarias a las leyes penales, al ordenamiento constitucional o al entendimiento internacional. El artículo 18 prevé la posibilidad de limitar derechos fundamentales en caso de que sean usados ilícitamente contra el orden democrático liberal. El artículo 21.2 declara inconstitucionales aquellos partidos que pongan en peligro la propia existencia de la República Federal de Alemania. Y el artículo 79.3 impide cualquier reforma constitucional que afecte a la organización de la Federación en Länder, al principio de la participación de los Länder en la legislación, o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20, donde se reconocen, respectivamente, la dignidad como inviolable y los derechos humanos como fundamento de la comunidad, y la República Federal de Alemania. Puede verse un comentario en Bilbao Ubillos (2008: 19 ss.); Camarero González (2018: 2794); Jaschke (2004: 109 ss.); Rosenfeld (2001: 40); Stratenwerth (2007: 366 y 367); y Swistek (2001: 1 ss.).
62. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87404>>.
63. Caso *Vajnai c. Hungría* (§ 22).
64. *Ibidem*: § 49.
65. *Ibidem*: § 51 a 58.
66. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107307>>.
67. Caso *Fratanoló c. Hungría* (§ 25).
68. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-112446>>.
69. Diario *El País*, 30 de septiembre de 2006. Disponible en: <[https://elpais.com/diario/2006/09/30/internacional/1159567207\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2006/09/30/internacional/1159567207_850215.html)>.
70. Caso *Fáber c. Hungría* (§.36 y 37).
71. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74286&filename=001-74286.pdf>>.
72. Caso *Christians against Racism and Fascism c. Reino Unido* (§ 5).

73. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953.

74. García Arán (2018: 877-878); Porras Ramírez (2018: 201); y Rodríguez Montañés (2012: 225).

75. Caso *Vajnai c. Hungría* (§ 21).

76. artículo 17 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

77. Ampliamente, Correcher Mira (2021: 103 ss.).

78. Sobre la aplicación del artículo 17 CEDH en los casos de negación del Holocausto, Hong (2010: 93); y Roig Torres (2020a: 46 ss.).

79. Roig Torres (2020a: 27 ss.).

80. Disponible en: <<http://www.proyectos.cchs.csic.es/transitionaljustice/sites/default/files/maps/info/case-law/GARAUDY%20v.%20FRANCE.pdf>>.

81. Crítica la atribución de esta superioridad puesto que no la prevé la Constitución Vives Antón (1995a: 368 y 369).

82. STC 6/1981, de 16 de marzo (FJ 3).

83. STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 6). El Tribunal opta por dicha preeminencia no por la literalidad del artículo 20 CE ni en virtud de su ubicación sistemática sistemática entre los derechos fundamentales, sino por el papel que intrínsecamente compete a la libertad de expresión en la libre formación de la opinión pública y a esta en el Estado social y democrático de Derecho (Carbonell Mateu, 1994-1995: 16). Extensamente, sobre la ponderación entre los derechos en conflicto, Mira Benavent (1995: 22 ss.).

84. Vives Antón (1977: 12; 1995b: 118; y 2018: 675).

85. STC 112/2016, de 20 de junio (FJ 2). La STC 136/1999, de 20 de julio, que resolvió el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo que condenó a los miembros de la mesa nacional de Herri Batasuna, puso el acento en el efecto de desaliento que la desproporción de la reacción provoca en el ejercicio del derecho fundamental (Cuerda Arnau, 2007: 18). Sobre el «efecto desaliento», además, Colomer Bea (2019: 97 ss.).

86. Puede consultarse bibliografía sobre el derecho a la libertad de expresión y la jurisprudencia constitucional al respecto en Roig Torres (2020a: 227 ss.).

87. Sobre el concepto de no discriminación y sus consecuencias, en especial la obligación de intervención positiva de las autoridades, *vid.* Añón Roig (2014: 109 ss.).

88. STC 214/1991 (FJ 8).

89. STC 176/1995 (FJ 2).

90. STC 176/1995 (FJ 5).

91. STC 235/2007 (FFJJ 6 a 9). Vives Antón señala que en esta resolución el Tribunal Constitucional solo autoriza el castigo de las conductas de negación o trivialización del genocidio cuando haya provocación o incitación. Esta doctrina será trasladable a los preceptos del Código, que deberán interpretarse

conforme a la Constitución cuando sea posible y, en los demás casos, merecen una derogación fulminante (Vives Antón, 2019a: 319-320).

92. STC 235/2007 (FJ 2).

93. Puede verse un comentario a estas sentencias en, Álvarez García (2014: 63); Corcoy Bidasolo (2012: 55 ss.); Cuerda Arnau (2008: 61 ss.); García Álvarez (2004: 52 ss.); Gómez Martín (2012: 89 ss.); Landa Gorostiza (2012: 311 ss.) y (2018: 49 ss.); Lascuraín Sánchez (2010: 69 ss.); Laurenzo Copello (1999-2000: 193); Martínez Sospedra (2000: 99 ss.); Ramos Vázquez (2009: 120 ss.); y Sainz-Díez De Ulzurrun Escoriaza (2009: 310 ss.).

94. STC 235/2007 (FJ,4). La misma postura se mantiene en las SSTC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7), 12/2008, de 29 de enero (FJ 6), 126/2009, de 21 de mayo (FJ 9) y 42/2014, de 25 de marzo (FJ 4).

95. Sobre esta jurisprudencia, pueden consultarse excelentes trabajos citados en Roig Torres (2020b: 1 ss.).

96. Vives Antón (2011: 824 y 825) señala que no cabe atribuir a los actos de expresión las consecuencias que de ellos deriven a causa de las acciones de otros realizadas en virtud de un proceso de deliberación racional y libre.

97. ATC 4/2008, de 9 de enero (FJ 7), SSTC 112/2016, de 20 de junio (FJ 3), y 35/2020, de 25 de febrero (FJ 4).

98. STS 259/2011, de 12 de abril (FFJJ 1 y 2).

99. STS 223/2020, de 24 de septiembre (FJ 4).

100. Para una crítica a la configuración de los «delitos de odio» como delitos de peligro abstracto, *vid.* Díaz y García Conlledo (2018: 19).

101. STS 675/2020 (FJ 1).

102. El recurso al «discurso de odio» se ha utilizado para etiquetar aquellas conductas contra las que reacciona la sociedad con el fin de excluirlas de la libertad de expresión y justificar su punición (Cancio Meliá y Díaz López, 2019: 96 ss.).

103. STS 72/2018 (FJ único). Carbonell Mateu (2018: 1421 ss.) señala que los delitos que solo afectan a sentimientos no pueden superar un test de constitucionalidad, puesto que la libertad de expresión no está justificada. *Vid.* también, Alcácer Guirao (2018: 6-7; y 2019: 4); Fuentes Osorio (2017: 131 ss.); García Arán (2018: 867 ss.); y Sáez Valcárcel (2018: 3 ss.).

104. STS 646/2018 (FJ Único).

105. «Pues bien, en cuanto que se da por probado que estos acusados, a través de sus entidades, tenían por actividad la edición y distribución del referido material, tanto de manera presencial en su establecimiento, como por medio de redes sociales, no habrá dificultad para entender que están promoviendo, favoreciendo o facilitando su puesta a disposición pública, así como que la publicidad que de esta actividad realizan es una manera de incitar al consumo de dicho material, conscientes de que su contenido es potencialmente peligroso, que en esto cabe sintetizar la conducta punible, por más que ellos no fueran autores de ese material que difunden, pero que, porque lo difunden, les reportaba pingües beneficios» (STS 675/2020 (FJ 2)).

106. En este precepto se persiguen las conductas racistas y xenófobas, sin abarcar más ampliamente otras conductas discriminatorias. Al respecto, Landa Gorostiza (2004: 65). Sobre la diferencia entre la regu-

lación del racismo y de la discriminación en las legislaciones europeas, puede consultarse Borja Jiménez (1999: 244 ss.).

107. Esta modalidad implica una inducción enérgica que requiere una intervención concluyente y expresa sobre otra persona con el objetivo de hacer nacer en ella la determinación de llevar a cabo ciertas acciones (Garro Carrera, 2018: 44).

108. Como indica Correcher Mira, en este marco adquiere un papel preponderante el concepto de *guerra cultural*, que reenvía a la existencia de disputas derivadas de opiniones enfrentadas sobre cuestiones sensibles para la vida social (Correcher Mira, 2020: 168).

109. Como señala Martínez Garay, en esta materia la tendencia a ofrecer seguridad a los ciudadanos a través del Derecho penal ha conducido a un cambio desafortunado en la concepción de los derechos fundamentales y en el principio de proporcionalidad. Ampliamente, Martínez Garay (2020: 513 ss.).

110. Por ejemplo, la STS 4/2017, de 18 de enero, dejó sin efecto la SAN de 18 de julio de 2016, que absolvió al cantante que ensalzó los atentados de GRAPO y de ETA y le condenó por un delito de humillación a las víctimas del artículo 578.1 CP. En cambio, la STS 95/2018, de 26 de febrero, casó la SAN 9/2017, de 29 de marzo, que condenó a la acusada por ese mismo delito por difundir imágenes y chistes relativos al atentado de Carrero Blanco. El Tribunal Supremo alegó que, considerando el tiempo transcurrido, podía considerarse ya un suceso histórico, estimando innecesaria la intervención penal.

111. SSTs 354/2017, de 17 de mayo, 52/2018, de 31 de enero, 135/2020, de 7 de mayo y 291/2020, de 10 de junio.

112. STS 135/2020 (FJ 2).

113. La demanda social es una lógica expresión de solidaridad ante el dolor de víctimas de conductas execrables frente a las que brotan sentimientos de venganza, fácilmente manipulables por los poderes fácticos. Pero el Estado surge como una institución que sustituye esa reacción impulsiva por una respuesta racional que parte de que la libertad ha de sacrificarse lo menos posible (Vives Antón, 2019b: 104-105).

114. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario socialista. Disponible en: <[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF)>; y Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Disponible en: <[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-317-1.PDF)> Esta última requiere incitación al odio, violencia o intimidación. Sobre estos textos, León Alapont (2020: 1 ss.); y Roig Torres (2020b: 6 ss.).

115. Al valorar estos límites debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido que lo fundamenta y, en particular, el contenido del artículo 20.4 CE (Teruel Lozano, 2015: 8-9).

116. Como indica Portilla Contreras, se ha hecho una desafortunada interpretación de este precepto, utilizándolo para la persecución del pensamiento político disidente. Ampliamente, Portilla Contreras (2017: 87 ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2018): «Si Bryan levantara la cabeza», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 6-7.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2019): «Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-15, 1-38.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2014): «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 16-71.
- AÑÓN ROIG, María José (2014): «The antidiscrimination principle and the determination of disadvantage», *The Age of Human Rights Journal*, 2, 109-128, [en línea] <<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/1406>>. [Consulta: 22/02/2021.]
- BILBAO UBILLOS, Juan María (2008): «La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *Revista de Derecho Político*, 71-72, 17-56.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (1999): *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada: Comares.
- BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ (2018): *Rechtsextremismus: Symbole, Zeichen und verbotene Organisationen*, Köln [en línea] <<https://www.verfassungsschutz.de/embed/broschuere-2018-10-rechtsextremismus-symbole-zeichen-und-verbotene-organisationen.pdf>>. [Consulta: 9/02/2021.]
- CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo (2018): «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Arts. 510 al 521», en A. Del Moral García (dir.) y R. Escobar Jiménez (coord.), *Código penal. Comentario y jurisprudencia*, Madrid: Dykinson, 2792-2826.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ (2019): *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, Cizur Menor: Aranzadi.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1994-1995): «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, 18, 7-44. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104173>>. [Consulta: 15/01/2021.]
- (2018): «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal. El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria”», en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1413-1432.
- COLOMER BEA, David (2029): «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 97-116.
- COMAS D'ARGEMIR, Montserrat (2018): «Conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 11-14.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2012): «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.
- CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 28, 166-191.
- (2021) «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», 2, *InDret*, 2, 86-149.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2007): «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, 8, 1-43.
- (2008) «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 3, 61-97.
- (2013) «Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 13, 215-232.
- DEGENHART, Christoph (2010): «Verfassungssrechts», *Juristen Zeitung*, 6, 306-310.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2018): «El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código penal: necesidad de limitar», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 18-21.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2018): «Desconciertos de Brandemburgo», *Boletín Juezas y Jueces para la Democracia*, 15-17.
- ENDERS, Christoph (2008): «Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts», *Juristen Zeitung*, 8, 1092-1099.



ENDERS, Christoph y LANGE, Robert (2006): «Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht?», *Juristen Zeitung*, 3, 105-156.

FISCHER, Thomas (2012): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München: C.H.Beck.

FUENTES OSORIO, José Luis (2017): «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en F. Miró LLinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 131-154.

GARCÍA ARÁN, Mercedes (2018): «De las reformas bienintencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio», en F. Morales Prats, J.M. Tamarit Sumalla y R. García Albero (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor: Aranzadi, 867-881.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2004): *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARRO CARRERA, Enara (2018): «Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en J.M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera (coords.), *Delitos de odio. Derecho comparado y regulación española*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2012): «Discurso del odio y principio del hecho», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 89-120.

GRÜNWALD, Gerald (1979): «Meinungsfreiheit und Strafrecht», *Kritische Justiz*, (12), 3, 291-301.

GÜNTGE (2009): «§ 86 a StGB», en H. Satzger, B. Schmitt y G. Widmaier: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Carl Heymanns, 767-773.

HEFENDEHL, Ronald (2007): «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en R. Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 179-196.

HONG, Mathias (2010): «Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BverfG», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 70, 73-126. [en línea] <[https://www.zaoerv.de/70\\_2010/70\\_2010\\_1\\_a\\_73\\_126.pdf](https://www.zaoerv.de/70_2010/70_2010_1_a_73_126.pdf)>. [Consulta: 16/02/2021.]

HÖRNLE, Tatjana (2007): «La protección de sentimientos en el StGB», en R. Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 383-402.

HORSCH, Andreas (2008): «Das Bundesverfassungsgericht, die Ähnlichkeit im Sinne des § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB oder: Zeit für die Entdeckung der Lebenswirklichkeit», *Juristische Rundschau*, 3, 99-104.

HORST, Meier (1987): «Als die Demokratie streiten lernte. Zur Argumentationsstruktur des KPD-Urteils von 1956», *Kritische Justiz*, (20)4, 460-473.

JASCHKE, Hans Gerd (2004): «Die Zukunft der «streitbaren Demokratie»», *Totalitarismus und Demokratie*, 1, 109-123.

KÜHL, Kristian y HEGGER, Martin (2018): *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C.H.Beck.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (1996): «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “Ley de Lucha contra la Criminalidad” (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLII, 529-589.

– (2001) *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Granada: Comares.

– (2004) «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore*, 18, 59-71.

– (2012) «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 297-346.

– (2018) *Los delitos de odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2020) «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22, 1-34.



- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2010): «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 69-78.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1999-2000): «La protección penal frente a las conductas racistas y xenófobas», en J. Soroeta Liceras (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, II, San Sebastián: Universidad del País Vasco, 179-196.
- LEÓN ALAPONT, José (2020): «Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos», *Diario La ley*, 9572, 1-11.
- LUDWINGS, Markus, Patricia ZENTGRAF y Matea AXMANN, (2020): *Entscheidungssammlung Staatsrecht -Grundrechte-*, Universität Würzburg, [en línea] <<https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/frontdoor/index/index/docId/21190>>. [Consulta: 12/03/2021.]
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2020): «Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y derechos fundamentales», en J.L. González Cussac (dir.) y J. León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 513-532.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (2000): «Aplatar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP», *Revista General de Derecho*, 664-665, 99-116.
- MIRA BENAVENT, Javier (1995): *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2017): «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 21-65.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2017): «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en F. Miró Llinares (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 87-105.
- POSCHER, Ralf (2005): «Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, (58), 19, 1316-1318.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2009): «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607. 2 del Código Penal)», *Revista Penal*, 23, 120-137.
- PORRAS RAMÍREZ, José María (2018): «El “discurso del odio” como límite a la libertad de expresión en Europa», *Revista Direito Público*, (14), 80, 196-213.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROIG TORRES, Margarita (2020a): *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2020b) «El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana», *Revista General de Derecho Penal*, 33, 1-51.
- ROSENFELD, M. (2001): «Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis», *Cardozo Law School*, 1522-1567. [en línea] <<https://core.ac.uk/download/pdf/230446528.pdf>>. [Consulta: 21/04/2021.]
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, Jaime (2009): «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 283-332.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2018): «La libertad de expresión», *Boletín Jueces y Jueces para la Democracia*, 3-5.
- SALZBORN, Samuel y Anton MAEGERLE (2016): «Die dunkle Seite des www: Rechtsextremismus und Internet», *Zeitschrift für vergleichende politikwissenschaft*, 10, 213-231.
- SCHWARZ-FRIESEL, Monika (2013): «Dies ist kein Hassbrief —sondern meine eigene Meinung über Euch!— Zur kognitiven und emotionalen Basis der aktuellen antisemitischen Hassrede», en J. Meibauer (Hrsg.), *Hassrede/Hate Speech. Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion*, Gießener Elektro-

nische Bibliothek, 143-164. [en línea] <<http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2013/9251/>>. [Consulta: 12/02/2021.]

SCHULZ, Sarah (2015): «Die freiheitliche demokratische Grundordnung — strafrechtliche Anwendbarkeit statt demokratischer Minimalkonsens», *Kritische Justiz*, (48), 3, 288-303.

SIMÓN CASTELLANO, Pere (2021): «La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo», en J. León Alapont (dir.), *Temas clave de Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 557-586.

STEGBAUER, Andreas (2002): «Rechtsextremistische Propaganda und das Kennzeichenverbot des § 86 a StGB», *Juristische Rundschau*, 5, 182-188.

– (2007) «The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86 a of the German Criminal Code», *German Law Journal*, 2, 173-184. [en línea] <<https://germanlawjournal.com/volume-08-no-02/>>. [Consulta: 17/01/2021.]

STERNBERG-LIEBEN (2019): «§ 86 a StGB», en A. Schönke y H. Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C.H. Beck, 1353-1359.

STRATENWERTH, Günter (2007): «La criminalización contra los bienes jurídicos colectivos», en R. Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 365-372.

SWISTEK, Göran (2001): *Die Konzeption der «streitbaren Demokratie» im Grundgesetz und im Öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland. Grenzen von Partizipation und Pluralismus in Deutschland*, Hamburg. [en línea] <<https://www.grin.com/document/230333>>. [Consulta: 15/01/2021.]

TERUEL LOZANO, Germán Manuel (2015): «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal», *InDret*, 4, 1-51.

TRIPS-HEBERT, Roman (2014): *Das strafbare Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen. § 86 a StGB im Spiegel der Rechtsprechung*, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher bundestag, 1-20. [en línea] <[https://www.bundestag.de/resource/blob/195550/4db1151061f691ac9a8be2d9b60210ac/das\\_strafbare\\_verwenden\\_von\\_kennzeichen\\_verfassungswidriger\\_organisationen-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/195550/4db1151061f691ac9a8be2d9b60210ac/das_strafbare_verwenden_von_kennzeichen_verfassungswidriger_organisationen-data.pdf)>. [Consulta: 16/01/2021.]

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

– (1995a): *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (1995b): «La libertad de expresión e información. Límites penales», en M. Ramírez Jiménez (coord.), *El derecho a la información: teoría y práctica*, Zaragoza: Libros Pórtico, 111-119.

– (2011): *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2018): «La libertad y las libertades», en J.M. Suárez López, J. Barquín Sanz, I.F. Benítez Ortúgar, M.J. Jiménez Díaz, y J.E. Sainz-Cantero Caparrós (coords.): *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. D. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, I, Madrid: Dykinson, 669-677.

– (2019a): en J.L. González Cussac (coord.): *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 319-320.

– (2019b): *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

WOLFGANG, Kahl y Reiner SCHMIDT (2006): «Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht», *Juristen Zeitung*, 3, 140-143.

**Fecha de recepción: 24 de marzo de 2021.**

**Fecha de aceptación: 21 de mayo de 2021.**